



Universidade do Porto

Faculdade de Direito

Tânia Sofia Pereira Dos Santos

**A extensão do regime da contratação pública aos procedimentos  
de atribuição unilateral de “vantagens ou benefícios” por ato  
administrativo**

**Tese de Mestrado em Direito Administrativo**

Trabalho realizado sob a orientação de Professor Doutor João Pacheco de Amorim

Porto, Julho de 2012



Universidade do Porto

Faculdade de Direito

Tânia Sofia Pereira Dos Santos

**A extensão do regime da contratação pública aos procedimentos  
de atribuição unilateral de “vantagens ou benefícios” por ato  
administrativo**

*Em especial a distinção entre o conceito de “vantagens ou  
benefícios” atribuídos mediante ato administrativo, e o de “subsídios ou  
subvenções”, atribuídos mediante contrato administrativos, a que se referem  
respetivamente os artigos 1.º, n.º 3 e 5.º, n.º 4 c) do Código dos Contratos  
Públicos.*

**Tese de Mestrado em Direito Administrativo**

Trabalho realizado sob a orientação de Professor Doutor João Pacheco de Amorim

Porto, Julho de 2012

## Resumo

A presente dissertação procura analisar os diferentes conceitos utilizados na redação do artigo 1.º, n.º 3 e do artigo 5.º, n.º 4, al. c) do Código de Contratos Públicos.

Diz o artigo 1.º, n.º 3 que *“a Parte II... é igualmente aplicável, com as necessárias adaptações, aos procedimentos destinados à atribuição unilateral, pelas entidades adjudicantes referidas no artigo seguinte, de quaisquer vantagens ou benefícios, através de ato administrativo ou equiparado, em substituição da celebração de um contrato público.”*

Por sua vez refere o artigo 5.º, n.º 4 al.) c *“...a Parte II do presente código não é igualmente aplicável à formação dos seguintes contratos: ... contratos cujo objeto principal consista na atribuição, por qualquer das entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 2.º, de subsídios ou subvenções de qualquer natureza...”*.

Embrenhando-me pelo âmbito de aplicação do CCP, procurarei distinguir o conceito de “vantagens ou benefícios” atribuídos por ato administrativo e o de “subsídios ou subvenções de qualquer natureza” conferidos mediante contrato, conforme referem os artigos supra citados, para que se compreenda qual *a ratio* de aplicação ou de exclusão da Parte II do Código, respeitante à matéria da contratação pública.

O fim do presente trabalho será compreender se os artigos enunciados, e de seguida melhor analisados, se reportam a realidades distintas, e caso se chegue a uma resposta afirmativa, perceber que realidades serão essas.

Apreender a preferência do legislador pela extensão dos procedimentos concursais à atribuição unilateral, quando esta reúna certos condicionalismos externos, e por outro lado, alcançar a razão de ser da escolha pela exclusão desses mesmos procedimentos no caso de contratualização de atribuição.

Esta escolha deriva de um fascínio pessoal por matérias no âmbito da contratação pública em especial, mas também, e principalmente pela dificuldade primitiva, aquando do contacto com o nosso CCP, na interpretação e conjugação dos dois artigos.

## Summary

The present research aims to analyze the different concepts used to write article 1.º n.º 3 and article 5.º, n.º 4, paragraph c), of Public Procurement Code.

According to the article 1.º, n.º 3, *“the Part II...is also applicable, with the necessary adaptations, to the procedures for unilateral allocation, by contracting entities referred to in the following article, of any advantages or benefits, through an administrative act or equivalent, in replacement of the celebration of a public contract.”*

On the other hand, the article 5.º, n.º 4 paragraph c) states that *“...the Part II of this code is not equally applicable to the formation of the following contracts: ... contracts whose main object consists of the attribution, by any of the contracting entities referred to in paragraph 1 of article 2.º, grants or subsidies of any kind... ”.*

Concentrating on the scope of PPC, I will distinguish between the concepts "advantages or benefits" awarded by administrative act and "grants or subsidies of any kind" assigned by contract, as referred to in the articles cited, so the ratio of application or the exclusion of part II of the code, relating to the field of public procurement can be understood.

The purpose of this work is to understand whether the articles mentioned above, and then best analyzed, relate to different realities, and if it an affirmative response is achieved, understand what these realities are.

I also intend to apprehend the preference of the legislator by the extent of the tendering procedures to unilateral allocation when it meets certain external constraints and, on the other hand, achieve the reason for the choice by the exclusion of these same procedures in the case of contracting of allocation.

This choice comes from a personal fascination for the subject in the context of public procurement in particular, but also, and mainly, by the difficulty primitive, when I got in our PCC, in the interpretation and conjunction combination of the two articles.

*“O meu avô disse-me uma vez que havia dois tipos de pessoas: as que fazem o trabalho e as que ficam com os louvores. Ele disse-me para tentar ficar no primeiro grupo; há menos concorrência.”*

**Indira Gandhi**

Não posso deixar de agradecer aos meus Pais, que sempre me apoiaram, indubitavelmente, entregando-me todo o seu amor e ajuda. Sei que sem eles, nada disto seria possível! Nada!

Um agradecimento muito especial ao meu Orientador, João Pacheco de Amorim, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, que me acompanhou, que me fez pensar mais e mais, que me fez perceber o quão importante é ter um espírito aberto, que fez com que me superasse, e que sempre se mostrou disponível e cooperante.

À Dr.<sup>a</sup> Maria Paula Rodrigues, Presidente da Ordem dos Advogados da Delegação de Santo Tirso e ilustre advogada, pelo tempo dispensado, e essencialmente pela sua entrega.

Ao Rui, à Elsa, e à Adriana que, mais do que se pode esperar ou exigir dos melhores Amigos, sempre estiveram presentes nesta minha jornada.

Obrigada!

## Sumário

<b><u>Resumo</u></b>	03
<b><u>Summary</u></b>	04
<b><u>Prefácio</u></b>	05
<b><u>Sumário</u></b>	06
<b><u>Abreviaturas</u></b>	08
<b><u>Introdução</u></b>	09
<b><u>Parte I: Enquadramento teórico: A compreensão normativa</u></b>	10
1- Contratos Públicos - O direito Administrativo Geral e o Direito Administrativo da Economia	11
2- O Direito Administrativo da Economia - o caminhar	13
3- Breve perspetiva histórica da intervenção dos poderes públicos na vida económica	15
<b><u>Parte II: Enquadramento Funcional: o Âmbito do CCP</u></b>	18
<i>Capítulo I</i>	19
1- A necessidade de distinção entre contratos públicos e contratos administrativos	19
<i>Capítulo II</i>	21
1- Âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos	21
1.1- Âmbito objetivo	23
1.2- Âmbito subjetivo	26
<i>Capítulo III</i>	27
1- Os princípios formadores do Código	27
2- A natureza concorrencial das prestações	29
2.1- Do Princípio da concorrência	29
2.2- Princípio da Concorrência no nosso Código de Contratos Públicos	31
3- Os auxílios Estatais	37
3.1- Auxílios Públicos – o novo regime jurídico da concorrência	40
4- O Princípio da Concorrência como corolário do princípio da igualdade	41
4.1- A distinção e a autonomização dos dois princípios	41
5- Fora do Âmbito de aplicação- Exclusões	51

5.1- Breve Referência ao artigo 5.º do CCP	51
<b><u>Parte III: O artigo 1.º do CCP- em especial o seu número 3. A Categoria do ato administrativo substitutivo do contrato público.</u></b>	54
<i>Capítulo I</i>	55
1– Contratos com objeto passível de ato administrativo substitutivo de contrato público.	55
<i>Capítulo II</i>	56
1- Alargamento do âmbito objetivo de aplicação do regime de contratação pública.	56
1.1- A extensão operada pelo artigo 1.º, nº3 do CCP	56
<b><u>Parte IV: O artigo 5.º, nº1, al. C)- Contratação excluída do CCP</u></b>	62
1- Análise do artigo 5.º, nº4, al. c) do CCP- restrição do âmbito de aplicação	63
2- O conceito de subsídio e de subvenção- breve referência	69
<b><u>Parte V: Confronto literal e teológico entre o artigo 1.º, nº3 e o artigo 5.º, nº4, al. C) do CCP. Explicitação. Conclusões</u></b>	71
1- Distinção entre o conceito de “vantagens e benefícios” atribuídos por ato administrativo e o de “subsídios ou subvenções” atribuídos mediante contrato, a que se referem, o n.º 3 do artigo 1.º e a al. c) do n.º 4 do artigo 5.º do CCP.	72
2- A resposta ao problema normativo- Conclusões	76
<b><u>Anexos</u></b>	78
<b><u>Bibliografia</u></b>	78

## **Abreviaturas**

CCP – Código dos Contratos Públicos

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPTA - Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CPPT – Código de Processo e Procedimento Tributário

FDUL – Faculdade De Direito Da Universidade De Lisboa

FDUC – Faculdade De Direito Da Universidade De Coimbra

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

CRP – Constituição da República Portuguesa

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação do Porto

TJCE – Tribunal de justiça das Comunidades Europeias

NRJC- Novo regime Jurídico da Concorrência

TFUE- Tratado de Funcionamento da União Europeia

CC- Código Civil

Ac.- Acórdão

Cfr.- Confirmar

Art.º- Artigo



## **Introdução**

O Decreto-Lei n.º 18/2008 que aprova o Código de Contratos Públicos estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo.

O CCP surgiu pela sentida necessidade de transposição para o ordenamento jurídico português das diretivas comunitárias 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março.

Ocorre que na realidade, o Código foi mais longe do que a mera transposição. Nele também se encontram explanados todos os procedimentos não abrangidos pelos âmbitos objetivo e subjetivo das diretivas, mas que não deixam de revestir a natureza de procedimentos pré-contratuais públicos.

Este diploma faz assim um alinhamento das mais recentes diretivas comunitárias, cuja transposição procede, mas igualmente, procura uma sistematização e uniformização de regimes substantivos dos contratos administrativos atomizados até agora.

Em concreto, este trabalho visa perceber qual a intenção do legislador, ao redigir os dois artigos, objeto da presente lide - o artigo 1.º, n.º 3 e o artigo 5º, n.º 4 al. c), do Código de Contratos Públicos.

Debruçar-me-ei sobre a questão essencial de saber se os mesmos serão ou não, contraditórios entre si.

Com a descoberta deste ponto, preciso e principal, seguirei caminho na descoberta das realidades que os distinguem (caso chegue à conclusão de que efetivamente são distintos), ou pelo contrário a que realidades semelhantes se reportam (caso o nosso desfecho seja o oposto).

## **PARTE I**

### **Enquadramento teórico: A compreensão normativa**

## **1- Contratos Públicos - O Direito Administrativo Geral e o Direito Administrativo da Economia**

O ponto de partida é a noção de Direito Administrativo. Uma noção mais ampla, mais despretensiosa, pois, não é intenção deste trabalho produzir um aprofundamento deste conceito. Diferentemente, o propósito é antes perceber (e dar a perceber) qual a relação do Direito Administrativo com o Direito Económico, e por último configurar a hipótese de existir um Direito Administrativo da Economia ou Direito Administrativo Económico, como uma realidade normativa autónoma.

Este capítulo possui, assim, uma essencial relevância para que percebamos o nosso CCP.

O Direito Administrativo é um ramo autónomo do direito público interno que se concentra no estudo do núcleo da Administração Pública e da atividade dos seus integrantes. Tal disciplina tem por objeto os órgãos, entidades, agentes e atividades públicos, e a sua meta é a sistematização dos fins desejados pelo Estado, ou seja, o interesse público.<sup>1</sup>

Direito Económico é um ramo do direito composto por normas jurídicas que regulam a produção e a circulação de produtos e serviços, com vista ao desenvolvimento económico do país, especialmente no que diz respeito ao controlo do mercado interno, luta e disputa estabelecida entre as empresas, bem como nos ajustes e acordos feitos para explorarem o mercado. São normas, que regulam os monopólios e oligopólios, fusões e incorporações, tentando impedir a concorrência desleal, a manipulação de preços e mercado pelas corporações, através de uma maior transparência e regulação.

O Direito Económico é assim, pelo seu contexto, um ramo do direito recente que só se manifestou quando o Estado tomou a seu cargo de forma mais premente a Economia no primeiro quarto do século XX. Por essa razão, é um direito fluído e não um direito rígido, estático, estável. Modifica-se rapidamente de acordo com a política existente.

---

<sup>1</sup> Para MARIA DI PIETRO, Direito Administrativo é “o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a prossecução de seus fins, de natureza pública”, in “Direito Administrativo”, 3ª edição, Editora Atlas.

Nesta conformidade, o Direito Económico anda de mãos dadas com a estrutura política. É um direito público (parte constitucional, Estado dotado de *ius imperium*) e privado (contratos económicos de financiamento, ex. contratos de leasing).

Por seu lado, a ordem económica é a forma concreta como se processa a produção e distribuição de riqueza numa dada sociedade.

As realidades sociais do século XX, quer no seu modelo Socialista, quer no seu modelo Capitalista, (entenda-se, já nas suas fases de maior maturação do século XX) denunciaram uma forte intervenção do Estado, ainda que de forma diferente mas sempre com a necessidade sentida de criar regulação jurídica.

Nasce o conceito de ordenação jurídica da economia formada pelas regras jurídicas e pelos princípios aplicáveis à esfera económica.

A génese do Direito Económico está, assim, ligada à intervenção do Estado na vida económica, devendo esta entender-se por uma atitude positiva (atos) do Estado, ou seja, por uma determinada ação, quer esta seja de natureza direta quer de natureza indireta.<sup>2</sup>

O Direito Económico vai evoluir no sentido de uma aproximação crescente aos agentes económicos privados, sempre sem perder o foco do Estado, procurando abarcar o modo em que se organiza, ao nível da instância jurídica, o modelo económico português atual.

O Direito Económico apresenta, portanto, uma primeira fase de natureza predominantemente pública, em que surge a sua vertente constitucional, caracterizadora do sistema, a partir da atitude do Estado face ao processo económico. Num segundo momento, surge como direito privado, em aspetos específicos respeitantes a institutos jurídicos desta natureza.

Assim, a atitude do Estado, face à economia, pode revestir um amplo leque de ensejos, que vão desde a era da tomada de decisões económicas por via administrativa, até ao

---

<sup>2</sup> A *Intervenção Direta* consiste na existência de um Estado que se assume como agente económico. Nos regimes económicos Socialistas, o Estado surge como único ou principal agente económico, mas nos regimes de Mercado também existe intervenção direta embora menor, podemos encontra-la no caso português através das empresas públicas das sociedades de capitais públicos e ainda das participações do Estado em empresas mistas. Por sua vez na *Intervenção Indireta* a atitude do Estado é um ato de regulação da Economia, executada através do poder legislativo e tendo como principais exemplos, os Planos e as Políticas Económicas. Na Economia de mercado o Estado privilegia a intervenção indireta como forma de condicionar os agentes económicos, como por ex. deste último caso a política fiscal, em LUÍS S.CABRAL DE MONCADA, “Direito Económico”, 5ª edição revista e atualizada, 2007, Coimbra Editora.

espartilhamento da atividade económica privada, através da apropriação coletiva dos principais meios de produção, em que o Estado dominava uma economia centralizada e planificada.

O Direito Económico pode então definir-se como a “*ordenação jurídica das relações entre entes públicos e entre estes e os sujeitos privados, na perspetiva do Estado na vida económica*”.<sup>3</sup>

Partindo dos conceitos e do enquadramento histórico acima definidos surge uma nova realidade - o Direito Administrativo Económico Geral. Um domínio especialmente dinâmico do direito. Ele tem de compreender os novos desafios político-económicos e as necessidades práticas onde a economia atua.

Direito Administrativo Económico é, pois, um conjunto de regras e instituições de Direito Administrativo, tendentes a promover o desenvolvimento sócio-económico e o bem-estar social, na constante procura pelo desenvolvimento sustentável, ordem, paz, segurança e igualdade para todos.

## **2- O Direito Administrativo da Economia - O caminhar**

Mas porquê a existência desta relação tão estreita, entre o público e o privado, entre o administrativo e o económico. Porque temos a sensação que num verdadeiro Código dos Contratos Públicos, o Direito Administrativo nele implícito é indissociável do Direito Económico?

O Direito Administrativo visa satisfazer e dar cumprimento a um conjunto de necessidades coletivas, assumidas como tarefas fundamentais da coletividade, através de serviços por esta organizados e mantidos, visando dar cumprimento às necessidades intituladas de fundamentais como o são: a segurança, a cultura, o bem-estar, a saúde, etc.

Para que a Administração consiga dar cumprimento às suas atribuições existe um conjunto de regras que a mesma tem de seguir e um dos corpos vinculantes é precisamente o nosso Código.

---

<sup>3</sup> LUÍS S.CABRAL DE MONCADA, “Direito Económico”, 5ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 2007, p. 11

Este está inserido num conjunto de matérias, ditas de intervenção económica, que a nossa Administração Pública deverá dar cumprimento, pois só assim se alcançará uma verdadeira satisfação das necessidades fundamentais.

A disciplina deste Direito Administrativo da Economia agrega um conjunto de matérias como sejam a constituição económica, a intervenção do Estado na economia, a defesa da concorrência e da livre circulação tendo neste palco, o CCP, um dos papéis principais.

A intervenção do Direito Administrativo Económico patente no nosso Código terá que ser circunscrita, por um lado aos casos em que os poderes públicos figuram como agentes produtivos (através de empresas públicas ou da participação em empresas privadas) e ainda nas situações em que eles interferem diretamente nos circuitos de distribuição através de operações de compra e venda, aquisição e outros atos económicos, matéria que deverá ser sujeita aos procedimentos concursais.

Por outro lado, não se pode perder de vista, a atuação das entidades públicas administrativas de infraestruturação, fomento e de regulação das atividades económicas privadas, a que poderá em certos casos, adiante explicados, ser excluída a aplicação da Parte II, como sejam exemplos os acontecimentos subsumíveis ao artigo 5.º n.º 4 al. c) do CCP.

SOSA FRANCO, nas suas Noções de Direito da Economia, não considera possível reconduzir ao Direito Administrativo em particular o Direito da Concorrência e em geral o Direito Regulatório. Também exclui a problemática jurídica do planeamento económico do âmbito próprio do Direito Administrativo, assim como os contratos públicos que não tenham a natureza de contratos administrativos.

Começamos por indicar que as normas de Direito Regulatório que visam acautelar interesses públicos confiados à Administração Pública, nomeadamente às entidades reguladoras são indiscutivelmente normas de direito público, mais concretamente de Direito Administrativo.

Quanto ao regime das empresas públicas e dos contratos económicos, estamos é certo perante um fenómeno novo de aplicação simultânea de princípios de direito público e de regras de direito privado, mas a sua delimitação e estudo cabe ao Direito Administrativo, e a prova acabada do que se acaba de dizer é o nosso CCP.

Esta conclusão, não é mais do que a notória evolução do Direito Administrativo e da sua adaptação aos novos tempos.

### **3- Breve perspetiva histórica da intervenção dos poderes públicos na vida económica**

Definimos acima o Direito Administrativo da Economia como um conjunto de princípios e regras administrativas relativas à intervenção dos poderes públicos na vida económica.

Para melhor compreendermos o direito que hoje rege essa intervenção, impõe-se uma breve incursão histórica sobre as relações entre Estado e Economia.

Começando pela conceção liberal do Estado, para que não caíamos aqui numa excessiva análise histórica, que de todo não tem interesse nem é nosso objetivo, esta teoria parte da subordinação do Estado ao direito.

Este tipo de Estado de Direito Liberal assenta na filosofia individualista (Locke, Kant), na doutrina do liberalismo económico (Adam Smith, David Ricardo) e no modelo jurídico liberal.

Esta filosofia estatal propugnava a separação entre Estado e sociedade. O objetivo era reduzir o Estado e as suas tarefas. O Estado Liberal procurava assim intervir o menos possível na sociedade, e desde logo na atividade económica, sendo esta tida como uma mera continuação da atividade privada geral.

Segundo a teoria deste tipo de Estado a economia autorregulava-se, não precisando da tutela do direito: “há uma ordem económica e não uma ordem jurídica económica”.<sup>4</sup>

A vida económica era deixada ao livre jogo dos agentes económicos, que a moldavam e conformavam através de instrumentos jurídicos exclusivamente privados - o mercado constituía a expressão do conjunto de relações inter-individuais - em que se fundava toda a atividade económica. Qualquer intervenção dos poderes públicos no mercado económico era atentório da liberdade individual.

---

<sup>4</sup> J.SIMÕES PATRICIO, “Introdução ao Direito Economico”, Centro de Estudos Fiscais, 1982, p. 9

Nesse mundo económico, cada indivíduo ao orientar-se a si próprio para a distribuição de bens ao menor custo possível, dava o melhor contributo que lhe era exigido, permitindo-se concomitantemente um maior bem-estar e uma maior satisfação para a comunidade em geral: era esta a forma de pensar caracterizada na teoria da mão invisível de Adam Smith.

O papel do direito em geral era esse, o de tão só proporcionar as condições necessárias para o exercício pleno da liberdade económica individual.

O modelo jurídico do Estado Liberal não gira pois em torno do direito público muito pelo contrário. “ A ordenação que se pretende da realidade económica leva-se a cabo de forma principal através de normas de direito privado”, de acordo com os postulados do capitalismo, os indivíduos particulares são os protagonistas no âmbito económico e não o Estado.<sup>5</sup>

É certo que cabia ao direito público zelar pelo interesse coletivo, mas não lhe competia intervir na esfera privada da atividade económica, pois os interesses da sociedade eram aí realizados espontaneamente através do livre jogo da iniciativa privada e risco individual, permeáveis tão só ao Direito Comum e Comercial.<sup>6</sup>

A partir da segunda metade do século XIX acelera-se a interpenetração entre Estado e sociedade, em virtude sobretudo do alargamento do público político a que deram causa a segunda revolução industrial e o consequente exponencial crescimento das cidades.

É com a 1ª Grande Guerra que surgem as primeiras atividades estaduais de envergadura: os Estados apossam-se da direção da economia para fazer face ao esforço da guerra. No final desta, o estado passou a ter poderes de intervenção económica para minorar os problemas decorrentes da desmobilização de soldados. Mas é sobretudo com a crise de 1929 que se iniciam, com carácter sistemático as políticas económicas dirigistas e o chamado Estado Providência.

O Estado Social de Direito ou Estado Administrativo, consolida-se sobretudo no segundo pós-guerra, aumentando significativamente a esfera de intervenção económica e social da intervenção estatal. Assistiu-se ao crescente interesse do Estado na economia - a

---

<sup>5</sup> Acompanhando, SEBASTIÀN MARTÍN-RETORTILLO, e JOÃO PACHECO DE AMORIM, em “Direito Administrativo da Economia”, vol. I, FDUP, 2011 (texto inédito).

<sup>6</sup> LUÍS S.CABRAL DE MONCADA, “Direito Económico”, 5ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 2007



chamada intervenção económica - substituindo-se de vez o tradicional abstencionismo pelo comprometimento público na economia.<sup>7</sup>

O Estado deixou assim de ter uma postura meramente negativa ou passiva, de simples proteção da ordem pública, para passar a agir sobre a sociedade e a economia.

Última referência nesta sede cabe fazer á opção estadual pela utilização e formas contratuais e para contratuais, onde anteriormente os poderes públicos emitiam atos unilaterais regulamentares e administrativos. Desta forma passou a assegurar-se uma maior eficácia da decisão pública relativamente à economia. O Direito Público da Economia dá testemunho de novas exigências de participação e democracia direta e de integração política da atividade económica.

---

<sup>7</sup> J.SIMÕES PATRICIO, Introdução ao direito económico, Centro de Estudos Fiscais, 1982, p. 11

## **PARTE II**

### **Enquadramento funcional: O âmbito do CCP**

## **CAPITULO I**

### **1 - A necessidade de distinção entre contratos públicos e contratos administrativos**

O conceito de contratos públicos na aceção do Código não corresponde à noção de contrato administrativo.

Por um lado, a respetiva Parte II do CCP só se aplica aos contratos públicos cujas prestações são suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado. Por outro lado, o universo de contratos abrangidos pelo mencionado conceito de contratos públicos do presente Código não se restringe a contratos que tenham natureza de contratos administrativos, podendo abranger, quer alguns contratos privados celebrados por entidades públicas - como é o caso por exemplo do contrato de sociedade - quer ainda alguns contratos privados celebrados entre sujeitos privados (artigo 7.º n.º 1).

A designação contratos públicos nada pretende indicar quanto à natureza jurídica pública e/ou administrativa de um contrato.

A este propósito, cite-se PEDRO GONÇALVES, para melhor se alcançar a distinção entre contratos públicos e contratos administrativos - “trata-se de um conceito juridicamente neutro, que se tem desenvolvido essencialmente por força do Direito Comunitário da Contratação Pública e que corresponde, na língua francesa, ao conceito de *marchés publics*.”<sup>8</sup>

O critério definitivo para qualificar contrato público na aceção do Código, parece ser assim a natureza concorrencial das respetivas prestações.

A conceção de contratos públicos é mais abrangente do que a noção de contrato administrativo.

Aqueles não se circunscrevem aos contratos que tenham a natureza administrativa, podendo abranger, quer alguns contratos privados celebrados por entidades públicas, quer ainda alguns contratos privados celebrados entre sujeitos privados - cf. artigo 7.º, n.º 1.

Precisando, a noção de contratos públicos reúne os conceitos de contrato administrativo por natureza e contratos privados da Administração.

---

<sup>8</sup>PEDRO GONÇALVES, “O Contrato Administrativo. Uma instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo”, Almedina, 2003, p. 53.

Apesar de o contrato de direito privado celebrado pela Administração ser regulado segundo princípios gerais de direito público - distanciando-o dos contratos que os privados celebram entre si -, ele continua a revelar-se uma instituição distinta do contrato administrativo.

Importa sublinhar que “ a Administração quando usa o direito privado continua a ser Administração, razão pela qual se tem de concluir que uma coisa é o direito privado enquanto direito dos privados, outra, diferente, o direito privado enquanto direito utilizado pela Administração: é o que resulta de a Administração, em qualquer caso, atuar para prosseguir interesses alheios (o interesse publico) ...”.<sup>9</sup> Deste modo, o direito privado deve ser utilizado como técnica jurídica de atuação.

Esta publicização do direito privado utilizado pela Administração, está prevista ao nível constitucional uma vez que o artigo 266.º da CRP indica alguns princípios fundamentais da atividade administrativa sem distinguir entre atividade exercida segundo o direito público ou o direito privado, e indiscutivelmente consagrada ao nível legislativo no artigo 2.º n.º 5 do CPA que estabelece que os princípios gerais da atividade administrativa e as normas que concretizam preceitos constitucionais “são aplicados a toda a atuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada.”<sup>10</sup>

A fuga para o direito privado, como vários autores vêm teorizando, poderá ter como causa, quiçá, “a morte”, pressagiada, da pessoa coletiva Estado, até aqui caracterizado como a pessoa coletiva de fins gerais. Lugar esse, que anunciam pertencer agora à União Europeia.<sup>11</sup>

Avançando no raciocínio, o conceito de contratos públicos do CCP, nada pretende indiciar sobre a natureza jurídica pública de um contrato. Pelo contrário, identifica certas categorias de contratos onde as entidades públicas se comportam como clientes ou adquirentes no mercado de produtos ou de serviços.

Essencial do ponto de vista comunitário, é apenas o estabelecimento de regras procedimentais que assegurem a publicidade em todo o território europeu das manifestações públicas de interesse em contratar, bem como o dever de as autoridades nacionais aceitarem

---

<sup>9</sup>PEDRO GONÇALVES, “*O contrato administrativo. Uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*”, Almedina, 2003

<sup>10</sup>Cfr. Artigo 2.º n.º 5 do CPA

<sup>11</sup>COLAÇO ANTUNES, em “*O Direito Administrativo sem Estado- Crise ou Fim de um Paradigma?*”, Coimbra Editora, 2008

as propostas de todos os candidatos que cumpram os requisitos mínimos obrigatórios do concurso.

Em termos processuais o CPTA suprimiu a existência de um meio próprio para o conhecimento de litígios originados em contratos (a “ação sobre contratos” foi substituída pela “ação administrativa comum”, na qual podem ser deduzidos pedidos relativos a contratos), para além de ter o ETAF optado por estender a jurisdição administrativa aos conflitos originados pela generalidade dos contratos da Administração em que haja uma aplicação de normas de direito público, ainda que o seu regime geral seja privado.<sup>12</sup>

A Parte II do CCP, disciplina a formação da generalidade dos contratos da Administração, independentemente da sua qualificação como contratos administrativos.

Com o CCP passou a existir, pela primeira vez no Direito Administrativo português, uma disciplina geral tendencialmente exaustiva, quer procedimental, quer material, dos contratos da Administração.

## **CAPITULO II**

### **1 - Âmbito de Aplicação do Código dos Contratos Públicos**

Feita uma breve resenha histórica sobre os modelos estaduais, sobre a interpenetração do privado com o público, eis que surgiu em 2008 o nosso CCP, causa-efeito deste novo Direito Administrativo da Economia, se é que assim se pode dizer, tendo aqui o receio de pecar por excesso.

Assistimos à autonomização da matéria da contratação pela Administração, da do Direito Administrativo geral para um corpo de normas autónomo fruto de esfericidades e direcionado para a concorrência e lógica de mercado, conceitos estes, oriundos de um puro Direito Administrativo Económico.

O termo concorrência é geralmente utilizado para designar o grau de competitividade entre empresas ou outras entidades que oferecem produtos ou serviços semelhantes e que competem entre si pelos mesmos mercados. Por vezes é também utilizado para designar o

---

<sup>12</sup> Cfr. as als. b), e) e f) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF.

próprio grupo de empresas que atuam nos mesmos mercados com o mesmo tipo de produtos ou serviços, confundindo-se, neste caso, com o termo "concorrentes".

Ligada a esta dinâmica concorrencial está a regra de ouro, protegida pelo NRJC, da lógica de mercado, que assenta em práticas transparentes, propiciando políticas que apontem para a oportunidade de o conjunto de potenciais consumidores, dos produtos ou serviços oferecidos por determinada empresa, possam a eles aceder em condições de igualdade.

Este diploma espelha a necessidade de previsão de regras de regulação económica e concorrencial para a atividade administrativa e ainda a indispensabilidade de estes dois blocos não se dissociarem.

O espírito do CCP é exatamente este, um esforço de modernização que acompanha desta forma o Direito Administrativo dos nossos tempos.

É bem patente ao longo dos preceitos normativos do Código a sua dimensão económica, reguladora e concorrencial.

Uma análise pelo seu âmbito de aplicação permite, em princípio, tirar estas ilações.

Passaremos de seguido a analisá-lo, na sua dimensão objetiva e subjetiva, de forma simplificada, para que nos permita, futuramente, num ponto mais avançado do trabalho, perceber se os conceitos de “vantagens ou benefícios” e o de “subsídios ou subvenções” se reportam ou não a distintas realidades.

É necessário não perder de vista que este é o nosso objetivo último e principal, pelo que toda esta contextualização se revela particularmente importante para descortinar a *mens legislatoris*, bem como as consequências daí advenientes.

A matéria da Parte II do CCP aplica-se, quanto ao âmbito objetivo, à formação dos contratos públicos celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no Código, desde que o seu objeto abranja prestações que, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou no contexto da sua própria formação, estão ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência do mercado.

Relativamente ao âmbito subjetivo de aplicação das regras da contratação pública, importa destacar a transposição da noção comunitária de “*Organismo de Direito Público*”, em consonância com o entendimento que tem sido veiculado pela jurisprudência comunitária

e portuguesa, promovendo-se, assim, a sujeição das entidades instrumentais da Administração Pública às regras dos procedimentos pré-contratuais públicos.

Contudo, não podemos deixar de assinalar que a conceção deste, novo e ambicioso, organismo, tem diferenças, mesmo que pontuais, a nível nacional. Note-se que pela análise da jurisprudência nacional e do nosso Código, facilmente se percebe que os “*Organismos de Direito Público*” englobam tudo o que esteja excluído da Administração Tradicional.

Todas as entidades que fazem parte da denominada Administração Tradicional, como sejam, o Estado, as Regiões Autónomas, as Autarquias Locais, os Institutos Públicos, as Fundações Públicas (dependendo do seu objeto), e as Associações Públicas estão *prima facie* excluídas deste conceito.

Desenvolvamos então a análise dos âmbitos do nosso CCP, para uma melhor compreensão da extensão ou restrição, no que à matéria da contratação pública, objeto da Parte II do código, diz respeito.

### **1.1. Âmbito Objetivo**

O âmbito de aplicação do CCP é dos temas que mais interessam à comunidade jurídica.

Não só pelo facto de a publicação do CCP ter alterado substancialmente os trâmites em que se desenvolvia a atividade de contratação pública, consolidada em três gerações de textos normativos, como, também, pelo impacto que tal mudança gera no quotidiano das entidades adjudicantes, das pessoas e empresas que contratam com os poderes públicos.

A crescente contratualização realizada pelas entidades adjudicantes para assegurar não só fornecimentos de bens e serviços inerentes ao seu funcionamento, como a externalização de funções das próprias pessoas coletivas, reforçam a importância que a atividade contratual tem nas relações que as entidades adjudicantes estabelecem com “terceiros”.

No plano financeiro e económico, a relevância da contratação pública demonstra-se por representar uma grande percentagem da despesa pública e por constituir um instrumento político de estímulo à atividade das pequenas e médias empresas, desiderato já manifestado nas diretivas sobre contratos públicos, nomeadamente através de mecanismos de subcontratação que foram acolhidos no CCP.

È de referir, também, que os dois artigos que servem de base a este trabalho de investigação inserem-se na Parte I do código (âmbito de aplicação).

No artigo 1.º, n.º 2 pode ler-se que “ o regime da contratação pública estabelecido na Parte II do presente Código é aplicável à formação dos contratos públicos, entendendo-se por tal todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código.”

O n.º 2 do presente artigo pretende estabelecer o âmbito objetivo do regime da contratação pública contido na Parte II do Código. No entanto, esta norma não exime indecisões.

Se atendermos à letra da Lei, esta delimitou o conceito de contratos públicos, não em função da respetiva natureza, mas pelo contrário, em função da qualidade dos sujeitos que os celebrem. Deste modo, diríamos que são contratos públicos para efeitos de aplicação da Parte II, todos aqueles contratos que sejam celebrados por entidades adjudicantes referidas no respetivo artigo 2.º, quer estes contratos sejam administrativos ou não.

Na verdade, como salientou MÁRIO ESTEVES DE OLIVERA, a propósito do projeto do CCP<sup>13</sup>, “o seu âmbito de aplicação, está aí, traçado, com uma amplitude enganadora..., não sendo o fator de delimitação do âmbito de aplicação do regime procedimental ..., ao contrário do que nele sugere, de índole estritamente subjetivo. Ou seja, não é, como vai ver-se, a formação de quaisquer contratos das referidas entidades que está sujeita a esse regime, mas apenas a de alguns deles, tendo o autor do projeto do Código dito aí manifestamente maius quam voluit”.

A referida disciplina aplica-se, não a todos os contratos, mas somente àqueles cujo objeto abranja prestações que, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato, ou do contexto da sua própria formação, estão ou sejam suscetíveis de estar submetidos à concorrência de mercado.

---

<sup>13</sup> Em “*A necessidade de distinção entre contratos administrativos e privados da Administração Pública*”, no projeto do CCP, CJA, n.º 64, Julho/Agosto de 2007, p.28.



Como refere a letra da Lei, “ a Parte II do presente Código não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objeto abranja prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado...”<sup>14</sup>

Acrescenta o corpo do n.º 1 do artigoº 16.º do Código o mesmo fundamento, considerando como necessária, a aplicação de procedimentos concursais a “ contratos que estão ou sejam suscetíveis de estar submetidos a concorrência de mercado...”, procedimentos esses que se encontram elencados na suas várias alíneas.<sup>15</sup>

Numa interpretação *a contrário* do n.º 1 do citado artigo, entender-se-á que, se o objeto do contrato não abranger prestações que estão ou possam estar submetidas à concorrência de mercado, não se lhes aplica a Parte II do CCP, independentemente de se lhes aplicar a Parte III, no caso de se estar perante contratos administrativos.

Mais se esclarece, no n.º 2 do mesmo artigo, que se consideram “... submetidas à concorrência de mercado, designadamente, as prestações típicas abrangidas pelo objeto dos seguintes contratos, independentemente da sua designação ou natureza: a) empreitada de obras públicas; b) concessão de obras públicas; c) concessão de serviços públicos; d) locação ou aquisição de bens móveis; e) aquisição de serviços; f) sociedade.”<sup>16</sup>

No entender do legislador, são estes contratos que, tipicamente, pressupõem um apelo à concorrência de mercado e aos quais se aplicam os procedimentos de formação da Parte II do Código.

Embora se admita, por força do elenco exemplificativo, que possam existir outros contratos cujas prestações são suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, e como tal possam também ficara sujeitos ao regime procedimental da Parte II do Código, a verdade é que este elenco prescreve uma presunção inilidível, isto é, sempre que estejamos perante algum deste tipo de contratos enunciados supra, dúvidas não podem existir, cumprido claro está também o requisito subjetivo, de que estamos perante um contrato submetido à concorrência de mercado.

---

<sup>14</sup> Cfr. Artigo 5.º n.º 1 do CCP.

<sup>15</sup> Cfr. Artigo 16.º, n.º 1 do CCP.

<sup>16</sup> Cfr. Artigo 16, n.º 2 do CCP

## 1.2. Âmbito Subjetivo

O artigo 2.º - e ainda o artigo 7.º - estabelece o âmbito subjetivo da aplicação da Parte II do CCP, ou seja, as entidades que se encontram sujeitas aos procedimentos pré-contratuais de formação dos contratos públicos previstos no Código. (atente-se à noção de contratos públicos descritos supra).

As entidades adjudicantes que se encontram elencadas nas diversas alíneas do n.º 1 do citado artigo fazem parte do chamado setor público administrativo tradicional, ou seja, aquelas que integram a Administração Pública em sentido orgânico (as pessoas coletivas públicas). É o caso do Estado, das Regiões Autónomas, das Autarquias Locais, dos Institutos Públicos, das Fundações Públicas e das Associações Públicas.

As únicas pessoas coletivas públicas que ficam de fora deste elenco do n.º 1 do artigo 2.º são as atualmente designadas “entidades públicas empresariais”.<sup>17</sup>

A novidade fundamental, relativamente ao âmbito subjetivo da aplicação das regras de contratação pública, diz respeito à adoção da noção comunitária de “*Organismo de Direito Público*”<sup>18</sup>. Introduzido de forma a acompanhar o entendimento que tem sido veiculado pela jurisprudência comunitária. Impulsiona-se a sujeição das entidades instrumentais da Administração Pública, isto é, as que estão fora da Administração Tradicional como supra referido, às regras dos procedimentos concursais públicos.

Inclui-se neste âmbito de aplicação qualquer pessoa coletiva, que independentemente da sua natureza pública ou privada, tenha sido criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, e que seja financiada maioritariamente pelas entidades adjudicantes do setor público administrativo tradicional ou esteja sujeita ao seu controlo de gestão ou tenha um órgão de administração, direção ou

---

<sup>17</sup> Para uma compreensão deste conceito ver JOÃO PACHECO DE AMORIM, “As empresas públicas no direito português - em especial as empresas municipais”, Almedina, 2000; Sofia tome D’ Alte, “A nova configuração do setor empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos”, Almedina, 2007; Pedro Gonçalves, “Regime jurídico das empresas municipais”, Almedina, 2007.

<sup>18</sup> Sobre o conceito ver na doutrina portuguesa, JOÃO AMARAL E ALMEIDA, “*Os Organismos de Direito público e o respetivo regime da contratação: um caso de levantamento do véu*”, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, Vol. I, FDUL, Coimbra Editora, 2006, pp. 633 e segs.; MARIA JOÃO ESTORNINHO, “*Direito Europeu Dos Contratos Públicos. Um olhar português*”, Almedina, 2006, p. 76, nota 152; CLAUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007, pp. 420 e segs., e na doutrina estrangeira, J. M. FERMÁNDEZ ASTUDILLO, Los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministro y de Servicios en la Unión Europea, Bosch, 2005; D. MARRAMA, Contributo sull’interpretazione della nozione di «organismo di diritto pubblico», Diritto Amministrativo, 2000, pp. 585 e segs.

fiscalização cujos membros sejam em mais de metade designados, direta ou indiretamente, por aquelas entidades.

São consideradas pessoas coletivas criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem caráter industrial ou comercial, aquelas cuja atividade económica se não submeta à lógica do mercado da livre concorrência.<sup>19 20</sup>

É pelo facto de a sua atividade não se subsumir à lógica do mercado e da livre concorrência que assistimos, no nosso CCP, à sujeição dos “*Organismos de Direito Público*” a um regime de contratação mais flexível: desde logo, a não sujeição à Parte II do Código dos demais contratos públicos que não incluam prestações típicas dos contratos (administrativos típicos) de (i) empreitada de obras públicas, (ii) concessão de obras públicas, (iii) concessão de serviços públicos, (iv) locação ou aquisição de bens móveis e (v) aquisição de serviços (artigo 6.º, n.º 2 CCP).

Precisamente neste contexto surgiram acórdãos, como o do caso Adolf Truley, que nos ajudam a interpretar os requisitos desta nova figura, um pouco híbrida, estando agora a Europa a caminhar na sua desmistificação.

### **CAPITULO III**

#### **1 – Os princípios enformadores do Código**

A atividade contratual da Administração não foge à regra da procedimentalização, pelo que a celebração de contratos administrativos é em regra precedida de um procedimento administrativo, designado como procedimento pré-contratual. É preciso ter em conta que este procedimento resulta de uma imposição jurídica e não de um mero consenso das partes envolvidas.

A esta procedimentalização é aplicado um conjunto de princípios que enformam o seu espírito e a sua *ratio*. O Código no n.º 4 do artigo 1.º elege como princípios especialmente

---

<sup>19</sup>JOÃO AMARAL. “Os organismos de direito público e o respetivo regime da contratação, um caso de levantamento do véu”, em Estudos em homenagem ao professor doutor Marcello Caetano, vol. I, FDUL, pp 633 e segs.

<sup>20</sup>Ver Acórdão do TJCE Comissão/França, de 1 de Fevereiro de 2001, acórdão Adolf Truley de 27 de Fevereiro de 2003, acórdão BFI Holding, acórdão Korhonen Oy, de 22 de Maio de 2003.

aplicáveis no domínio da contratação pública, entre outros não especificados, os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência.

São também aplicáveis princípios como o da legalidade, da prossecução do interesse público, da proporcionalidade, da boa-fé e da responsabilidade, da publicidade, da imparcialidade e da estabilidade.

Vendo agora mais de perto os três princípios elencados no nosso Código, o primeiro dos princípios enunciados - a transparência - impõe que a publicidade do procedimento seja adequada e que os critérios de adjudicação e as condições essenciais do contrato a celebrar estejam previamente definidas e tenham sido dadas a conhecer aos interessados a partir da abertura do procedimento.

“Esta obrigação de transparência a cargo da entidade adjudicante consiste em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação.”<sup>21</sup>

O que também foi devidamente salientado pelo Tribunal, no célebre acórdão Beentjes, explicitando-se que “ o título III da diretiva estabelece uma publicidade comunitária dos anúncios de concursos, feita pelas entidades adjudicantes dos Estados-membros, de modo a dar aos empreiteiros da Comunidade um conhecimento suficiente das prestações a fornecer e das condições adequadas para poderem apreciar se os concursos propostos lhes interessam.”<sup>22</sup>

Esta “obrigação”<sup>23</sup> de transparência, que as entidades adjudicantes devem respeitar, constituem uma garantia preventiva e uma condição indispensável para o exercício dos direitos de defesa dos operadores económicos interessados na celebração de um contrato.<sup>24</sup>

O segundo princípio - a igualdade - está intimamente ligado com o primeiro princípio analisado, e mais não exige do que a condição de se proporcionarem iguais condições de acesso e de participação dos candidatos a contratar.

---

<sup>21</sup> Cfr acórdão Telaustria, de 7 de Dezembro de 2000

<sup>22</sup> Cfr art.º 36.º da Diretiva 92/50/CEE, art.º 26º da Diretiva 93/36/CEE, art.º 30º da Diretiva 93/37/CEE, art.º 30 e 31º da Diretiva 93/38/CEE, art.º 53.º da Diretiva 2004/18/CE

<sup>23</sup> CLÁUDIA VIANA em “Os princípios comunitários na contratação pública”, Coimbra Editora, 2007, p. 157

<sup>24</sup> A. BRABANT, Les marches publics et privés..., Tome Premier, cit., Bruylant, 1996, p. 249

Por último, o terceiro princípio - a concorrência - é em boa medida, o grande postulado do nosso Código marcadamente económico, e pilar de todo este trabalho de investigação. Exige que na formação dos contratos se garanta o mais amplo acesso aos respetivos procedimentos dos interessados em contratar, isto é, que seja respeitada a reclamação da existência de uma equilibrada concorrência entre os operadores económicos.

Há assim uma preferência pelas regras concorrenciais do mercado como critério ótimo da decisão económica. “A ordem constitucional da economia não vê no mercado o caos e no lucro individual a exploração”.<sup>25</sup>

Desta forma, os entes públicos asseguram uma maior satisfação dos interesses públicos que lhes estão cometidos. É incumbência prioritária do Estado, assegurar o funcionamento eficiente dos mercados e contrariar as formas de organização monopolistas e reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral<sup>26</sup>, como vem expresso no artigo 81.º al. f) da CRP.

## **2 - A natureza concorrencial das prestações**

### **2.1. Do princípio da concorrência**

O princípio da concorrência é, de há muito, um dos princípios axilares da contratação pública, tanto no âmbito nacional como no comunitário.

Tal sucede, aliás, na generalidade dos Estados de Direito, como não podia deixar de ser, já que se apresenta como imprescindível à proteção do princípio fundamental da igualdade, que lhe é inerente, e, simultaneamente, como a melhor forma de proteger os interesses financeiros públicos.

Na ordem jurídica portuguesa, e, tal como tem sido expresso na doutrina e na jurisprudência, estão constitucionalmente estabelecidos os princípios da igualdade e da

---

<sup>25</sup> LUÍS S.CABRAL DE MONCADA, “Direito Económico”, 5ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora., 2007, p. 273

<sup>26</sup> Sobre os princípios gerais dos procedimentos adjudicatórios ver, MARCELO REBELO DE SOUSA, “*O concurso Público na Formação do contrato administrativo*”, Lex, 1994, pp. 51 e segs.; MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “*O Concurso Público nos Contratos Administrativos*”, Almedina, 1997, pp. 82 e segs.; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “*Concursos e outros procedimentos de adjudicação Administrativa. Das fontes às garantias*”, Almedina, 1998, pp. 85 a 126; MARCELO REVELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2007, pp. 309 a 314; RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “*Os princípios gerais da contratação pública*,” in Estudos da Contratação pública - I, Coimbra Editora, 2008, pp. 51 e segs.

concorrência, e a obrigação de a Administração Pública os respeitar na sua atuação, seja em que circunstâncias for, em nome simultaneamente dos valores fundamentais, da ordem económica e da prossecução do interesse público.<sup>27</sup>

Estes princípios constitucionais aplicam-se a qualquer atuação da Administração Pública, mesmo que de gestão privada, e têm uma especial incidência em matéria de contratação pública.

Advêm do n.º 4 do artigo 1.º, que refere que “*à contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência*”.

Estes princípios estão também claramente estabelecidos na ordem jurídica comunitária a que nos encontramos vinculados.

Os tratados europeus afirmam um objetivo de integração económica, a realizar através do respeito pelas “liberdades fundamentais” (livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais), de onde deriva a obrigatoriedade de os Estados Membros da União Europeia legislarem e agirem de modo a assegurarem a mais ampla concorrência possível e a prevenirem quaisquer favorecimentos.

Esta ideia está bem patente, por exemplo, nos processos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) n.ºs *C-458/03, Parking Brixen*, e *C-324/98, Telaustria*, quando uma autoridade pública confia o exercício de uma atividade económica a terceiros, aplica-se o princípio da igualdade de tratamento e as suas expressões específicas, nomeadamente o princípio da não-discriminação, bem como nos artigos 43.º e 49.º do Tratado CE, sobre a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços.

O TJCE afirma ainda que estes princípios implicam uma obrigação de transparência, que consiste em assegurar a todos os potenciais concorrentes um grau de publicidade adequado, que permita abrir o mercado de bens e serviços à concorrência.

Ainda que as diretivas emitidas para a coordenação dos procedimentos nacionais de adjudicação de contratos públicos excluam do seu âmbito algumas áreas da contratação bem como contratos que não atinjam determinados montantes, o TJCE tem sido claro e afirmativo no sentido de que os princípios referidos se aplicam mesmo que não sejam aplicáveis as diretivas relativas aos contratos públicos, uma vez que derivam diretamente dos Tratados.

Os princípios da igualdade e da concorrência impõem-se, pois, à atividade contratual pública, tanto por via constitucional como por via comunitária.

---

<sup>27</sup> Cfr. Art.º 81.º, al. f), 99.º, al. a), e 266.º da CRP e Art.º 2.º, n.º 5, do CPA.

Ora, o respeito pelos princípios em causa, e, em particular, pelo princípio da concorrência, implica que se garanta aos interessados em contratar o mais amplo acesso aos procedimentos, através da transparência e da publicidade adequadas.

É também esse o modo de garantir a melhor proteção dos interesses financeiros públicos, já que é em concorrência que se formam as propostas competitivas, e é neste âmbito que a entidade adjudicante pode escolher aquele que melhor e mais eficientemente satisfaça o fim pretendido.

Em suma, o respeito pelo princípio da concorrência e seus corolários subjaz a qualquer atividade de contratação pública, por força de imperativos comunitários, por direta decorrência de normas constitucionais, por previsão da Lei aplicável à contratação e por imposição da legislação financeira e dos deveres de prossecução do interesse público e de boa gestão.

Donde resulta que para a formação de contratos públicos devem ser usados procedimentos que promovam o mais amplo acesso à contratação dos operadores económicos nela interessados,<sup>28</sup> de forma igualitária e transparente, tendo como fim último alcançar uma concorrência perfeita, ainda que porventura nos possa parecer mais um fim ideal, do que concretamente alcançável.

## **2.2 - O Princípio da Concorrência no nosso Código dos Contratos Públicos**

Vimos que o critério definidor do âmbito de aplicação do nosso CCP é a natureza concorrencial ou não das prestações, objeto do contrato a celebrar.

Como facilmente se percebe, ocupa o princípio da concorrência um lugar de destaque neste diploma.

O Código, ao delimitar o âmbito de aplicação do regime da contratação pública nele plasmado, vai bastante mais longe do que aquilo que, numa mera transposição das diretivas comunitárias, seria exigido ao legislador nacional. A opção compreende-se à luz do princípio da concorrência. Esta tem plena justificação em face do Direito da União Europeia, como foi supra referenciado, e da CRP, pois incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada

---

<sup>28</sup> Ver acórdão do tribunal de contas- ACÓRDÃO N° 40 /10 – 03.NOV.-1ª S/SS.

concorrência entre empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”<sup>29</sup>

Na redação resultante do Tratado de Lisboa, o artigo 19.º, n.º 1, (antigo artigo 4.º do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia), ou, como se lê na versão consolidada adveniente do Tratado de Lisboa no artigo 3.º, n.º 3, a União Europeia aposta numa “economia social de mercado altamente competitiva”.

As diversas gerações de diretivas comunitárias relevantes em matéria de contratação pública procuram, tendo justamente como pano de fundo a ideia de uma economia de mercado aberta e de livre concorrência, assegurar a efetiva eliminação das chamadas barreiras invisíveis ao mercado interno da contratação pública, bem como criar condições fundamentais de igualdade aos agentes económicos na participação nos diversos procedimentos de formação de contratos públicos.

Analisando agora e sem delongas o nosso Código, a decisão por uma delimitação do âmbito da Parte II do Código, usando as palavras de RUI MEDEIROS, “amiga da concorrência” constitui uma solução coerente com o lugar central que uma economia de mercado concorrencial ocupa, por imperativo constitucional, na ordem jurídico-económica portuguesa.<sup>30</sup>

Na perspetiva da Lei Fundamental, a efetiva abertura dos contratos públicos à concorrência, além de favorecer as empresas competitivas, contribui para a melhor prossecução do interesse público, fim da Administração, e consequentemente, para a adoção das melhores soluções, incluído do ponto de vista financeiro, pela Administração.

Assim se justifica o exigido no artigo 5.º n.º 1 do CCP. Apenas são de qualificar como contratos públicos, e portanto sujeitos aos procedimentos de formação contidos na Parte II do código, aqueles cujas prestações tenham índole concorrencial.

Dito isto, importa precisar quando estamos perante um contrato público com natureza concorrencial.

---

<sup>29</sup> Cfr. Art.º 81º al. f) da CRP

<sup>30</sup> JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, CRP anotada, vol. II, Coimbra Editora, 2006, pp. 9 e ss e pp. 24 e ss.



Existirá tal natureza sempre que as prestações típicas do contrato em causa tenham natureza fungível e valor económico.<sup>31</sup> Confirmando este argumento, esgrimir-se-á o artigo 17.º do CCP que pressupõe a existência de um benefício económico, que funcionará como critério de determinação do valor do contrato.

O importante aqui será também perceber o que engloba este conceito - benefício económico - para se conseguir cabalmente chegar ao verdadeiro valor do contrato a celebrar.

A averiguação do valor do contrato a ser celebrado é importante para diversos efeitos como sejam a sujeição ou não aos procedimentos da respetiva Parte II do Código, para a escolha do procedimento, para a obrigatoriedade de prestação de caução, para a publicação de diversos anúncios no JOUE, para a elaboração do caderno de encargos ou até mesmo para a escolha do procedimento de um contrato posterior.<sup>32</sup>

O conceito de “benefício económico” influencia o conceito de “valor do contrato”, e por força desta relação ambos os conceitos têm uma função extremamente importante na escolha do procedimento adjudicatório.

Dispõe o artigo 17.º n.º 1 do CCP que “o valor do contrato a celebrar é o valor máximo do benefício económico...” que em função do procedimento adotado, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objeto.<sup>33</sup>

Especifica o n.º 2, do mesmo preceito, que o benefício económico abarca:

- O preço a pagar pela entidade adjudicante ou por terceiro (temos aqui o preço contratual);
- O valor de quaisquer contraprestações a efetuar em favor do adjudicatário;
- O valor das vantagens que decorrem diretamente para este da execução do contrato e que possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que lhe incumbem;

---

<sup>31</sup> No seguimento de GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DANTE, “*Código dos contratos públicos. Âmbito da sua aplicação*”, Almedina, 2008, p.23.

<sup>32</sup> Cfr. Art.º 5.º, n.º 3; 11.º n.º 1; 275.º n.º 1 e 2; 19.º o 21.º; 88.º, n.º 2; 34.º n.º 1 b) e 3; 78.º n.º 2; 42º n.º 7 e 8; e 25.º n.º 1, a) iii e 27º n.º 1 a iii do CCP.

<sup>33</sup> Disponível em [www.fd.uc.pt/cedipre/pdfs/online/public\\_5.pdf](http://www.fd.uc.pt/cedipre/pdfs/online/public_5.pdf)

Do ponto de vista geral, o benefício económico é um indicador da criação de riqueza. Para além do retorno do investimento, normalmente o adjudicatário obtém um acréscimo, normalmente designado por lucro.<sup>34</sup>

O benefício é normalmente calculado com base na receita bruta obtida, através da análise da faturação efetuada, adicionado de todas as vantagens auferidas pela contratação a que se terá de deduzir as despesas suportadas com a execução do contratado.

Na medida em que o valor do contrato é determinado pelo somatório de todos os fatores que integram o benefício económico, e que os limiares internos (limites máximos de despesa) fixados nos artigos 19.º a 21.º do CCP são identificados por referência ao valor do contrato a outorgar, na sequência dos procedimentos de ajuste direto, concurso público e concurso limitado por prévia qualificação, a escolha de cada um destes procedimentos vai condicionar o valor (máximo) do contrato a celebrar (artigo 18.º do CCP).

Nos termos do artigo 18.º CCP a Administração pode escolher livremente entre os procedimentos de concurso público, concurso limitado por prévia qualificação e ajuste direto. Em regra, a Administração goza de discricionariedade na escolha do procedimento pré contratual.

Porém, a escolha do tipo de procedimento condiciona o valor do contrato a celebrar, que não pode ultrapassar determinados limites fixados no artigo 17.º e seguintes do CCP.

A razão de ser desta condição é simples de entender: quanto maior for a dimensão financeira do contrato, maiores são as exigências impostas pelo princípio da concorrência, e por isso, mais solene e formalizado deverá ser o procedimento pré-contratual aplicável.

Contudo, não é isto que nos diz a realidade dos factos.

Na verdade, e invertendo o que vem referido na letra da norma, é o valor do contrato que acaba por influir na escolha do procedimento contratual a adotar e não o contrário, já que, o fim contratualmente pretendido está relacionado com o valor do contrato e como tal para que o mesmo seja alcançado é preciso cumprir com todos os formalismos exigidos, desde logo a escolha adequada do procedimento pré contratual aplicável.

Analise-se agora as situações em que o benefício económico do adjudicatário não é quantificável no momento da formação do contrato, como estabelece o artigo 17.º, n.º 4 do

---

<sup>34</sup>Disponível em [http://es.wikipedia.org/wiki/Beneficio\\_econ%C3%B3mico](http://es.wikipedia.org/wiki/Beneficio_econ%C3%B3mico)

CCP. Nestes casos, estamos perante um contrato sem valor.<sup>35</sup> E, nos termos do artigo 21.º, n.º 2 do Código, para a formação dos contratos sem valor pode ser adotado qualquer um dos procedimentos referidos no n.º 1 da mesma norma, ou seja, alternativamente, o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação ou o ajuste direto.<sup>36</sup>

Em conclusão, quando existe valor de contrato determinável *ab initio*, o procedimento contratual na prática acha-se condicionado quanto à escolha, sendo que verdadeira discricionariedade acaba por existir apenas quanto à escolha do procedimento nos casos em que se está perante um contrato de valor indeterminável na sua fase de formação.

Quando são vários os operadores económicos que podem efetuar as prestações, as entidades adjudicantes estão obrigadas a recorrer ao mercado, nos termos regulados na Parte II do Código.

Urge garantir que a escolha da Administração recaia sobre o co-contratante cuja proposta se revele mais vantajosa para o interesse público, o que implica uma maior abertura do procedimento pré-contratual que permita a chamada do maior número de propostas idóneas que cumpram os requisitos mínimos exigidos para o procedimento em causa, proporcionando uma comparação entre elas.<sup>37</sup>

Constituem refrações do princípio da concorrência, desde logo a exigência de comparabilidade (em igualdade de circunstâncias) das propostas, o princípio da intangibilidade (ou imutabilidade) das propostas até à adjudicação (princípio que sofre entorses nos procedimentos de negociação<sup>38</sup>) e o princípio da estabilidade das regras concursais (que impede qualquer alteração das regras do procedimento após o termo do prazo para a apresentação das propostas).<sup>39</sup>

Um princípio não menos importante que o princípio da concorrência, e que aqui será tratado mais adiante, é também o princípio da igualdade: o primeiro, mais do que um corolário do segundo (seu princípio mestre), com este não se pode confundir ou diluir, dadas as características que há muito os diferenciam e autonomizam.

---

<sup>35</sup> Cfr. Art.º 17.º do CCP

<sup>36</sup> Cfr. Art.º 21.º do CCP

<sup>37</sup> GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DANTE, “Código dos contratos públicos, Vol. I, Almedina, 2009.

<sup>38</sup> Cfr. Artigo 193 e segs. do CCP.

<sup>39</sup> Acórdão nº 0277/02 de Supremo Tribunal Administrativo, 3 de Abril de 2002

Todavia, há que ter em atenção que existem dois tipos de concorrência distintos com regras e implicações diferentes.

A concorrência, enquanto valor ou interesse geral tutelado pela ordem jurídica entendido numa lógica de mercado, é protegida quer pela legislação da contratação pública, quer pela legislação que regula os auxílios do Estado (enquanto atividade de fomento económico); mas o mesmo valor ou interesse pode carecer de tutela também numa lógica puramente de solidariedade (como atividade prestativa de carácter social).

Só que, neste último caso, estamos já decididamente fora do âmbito dos procedimentos adjudicatórios, uma vez que não existem aqui atuações que influenciem o mercado e que tenham uma lógica concorrencial mercantil, o que note-se, não significa que não possa haver concorrência.

Esta característica vem exatamente plasmada no artigo 5.º, n.º 4 al. c) do CCP, que será infra exaustivamente analisada, sendo este o objetivo primeiro do presente trabalho, estabelecer a existência ou não de distinção entre estes dois tipos de concorrência.

Deixe-se aqui apenas registo que o “subsídio ou subvenção” a atribuir, terá em princípio como destinatário um operador económico, interferindo o poder público com entidades e atividades que existem e se desenvolvem numa lógica de mercado e de livre concorrência. Mas neste caso em particular, a legitimidade do auxílio face ao Direito da Concorrência aferir-se-á especificamente pelas normas reguladoras (comunitárias e nacionais) dos auxílios de Estado, e não pelas normas - também protetoras da concorrência, mas distintas daquelas quanto aos âmbitos, objetivo e subjetivo, de aplicação - do Direito da Contratação Pública.<sup>40</sup>

Nestes casos existe concorrência, mas não nos trâmites em que foi caracterizada supra.

A atividade das entidades públicas não corresponde a uma compra ou aquisição de bens e serviços para o abastecimento da máquina administrativa, ou para a satisfação de quaisquer outras necessidades públicas, mas antes a uma atividade de fomento económico.

---

<sup>40</sup> Acompanhando JOÃO PACHECO DE AMORIM, Introdução ao Direito dos Contratos Públicos (Sumários desenvolvidos), FDUP, 2011 (texto inédito)

Noutra hipótese, e que adiante será igualmente especificada com maior detalhe – a da atividade social –, a razão de ser daquele subsídio ou subvenção, utilizando de novo os supramencionados conceitos jurídicos, já não se reconduz à anteriormente referida. A atividade prestativa de carácter social tem um distinto fim público, e perante a atividade adequada a satisfazê-lo, próprios ou típicos do Estado Social ou Providência: a assistência a grupos ou pessoas carenciados (ou a instituições que tenham como objecto a prestação dessa assistência que até podem concorrer entre si). O poder público já não interfere aqui sequer com entidades ou atividades que existam e se desenvolvam numa lógica de mercado e de livre concorrência. Estamos aqui numa ótica social, de caridade, onde o princípio da concorrência cede o pedestal ao princípio da igualdade dos beneficiários, assumindo este destaque primordial.

Realce-se, uma “concorrência solidária”, numa esfera puramente social e não mercantil.

Em ambas as hipóteses, em suma, e ainda que por diferentes razões, mesmo que estejamos perante figuras contratuais (e mais do que isso perante verdadeiros contratos administrativos), não há razão para se lhes aplicar a disciplina (essencialmente procedimental) da contratação pública.

Como abraça a maior parte da douta doutrina, com que se concorda, penso que bem andou o legislador ao prever a restrição da aplicação da Parte II neste tipo de hipóteses específicas da al. c) do n.º4 do artigo 5.º do CCP.

### **3- Os Auxílios Estatais**

O Mercado Comum europeu assenta no princípio da livre concorrência entre as empresas da União Europeia. A corroborar este princípio, o artigo 87.º do Tratado da União Europeia estabelece que são incompatíveis com o Mercado Comum os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, que concedam uma vantagem económica aos beneficiários, a qual deve ser decidida seletivamente.

A medida de auxílio não deve ameaçar falsear a concorrência e as trocas comerciais entre os Estados-Membros.

O artigo 107.º, n.º 1 do TFUE enuncia que “salvo disposição em contrário dos Tratados são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções”.

O n.º 2 refere que “são compatíveis com o mercado interno... os auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos; os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários; os auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha, afetadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessários para compensarem as desvantagens económicas causadas por esta divisão...”

Por sua vez o seu n.º 3 considera “compatíveis com o mercado interno ... os auxílios destinados a promover o desenvolvimento económico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego, bem como o desenvolvimento das regiões referidas no artigo 349.º, tendo em conta a sua situação estrutural, económica e social; os auxílios destinados a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro; os auxílios destinados a facilitarem o desenvolvimento de certas atividades ou regiões económicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum; os auxílios destinados a promover a cultura e a conservação do património, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na União num sentido contrário ao interesse comum; as outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, sob proposta da Comissão.”

A Política de Concorrência é um fator crucial para a criação de condições de crescimento económico e prosperidade, uma vez que influencia as decisões de investimento, aquisições empresariais, políticas tarifárias e de desempenho económico. Por outro lado, ajuda a promover uma melhor afetação dos recursos e reforçar a competitividade da indústria europeia, para o benefício dos cidadãos.

Compete à Comissão Europeia a função de controlar os auxílios estatais, de acordo com o artigo 88.º do Tratado, e os Estados-Membros têm o dever - obrigação de notificação - de informar a Comissão da concessão dos auxílios de Estado, ainda durante a fase de projeto.

Só são incompatíveis com o mercado comum os auxílios de Estado que afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros e falseiem ou ameacem falsear a concorrência.

Assim, enquanto a forma e o objetivo do auxílio são aspetos que não relevam na identificação do universo dos auxílios abrangidos por esta disposição do Tratado, já o seu efeito é fundamental para aferir da respetiva compatibilidade ou incompatibilidade com o Mercado Comum.

O cofinanciamento comunitário dos auxílios estatais exige a prévia aprovação dos mesmos pela Comissão Europeia, na sequência de notificação prévia apresentada pelas autoridades portuguesas. As exceções a esta regra referem-se apenas aos regimes de *minimis* e aos auxílios isentos ao abrigo do Regulamento Geral de Isenção por Categoria.

Qualquer auxílio de Estado não aprovado e não enquadrado nas exceções, é um auxílio ilegal sendo para efeitos de concorrência de recuperação obrigatória, e para efeitos de cofinanciamento tratado como irregularidade.

Os auxílios podem assumir diversas formas, sendo as mais comuns: as subvenções, os empréstimos a taxas inferiores às de mercado e bonificações de juros, concessão de garantias em condições vantajosas, regimes de amortização acelerada, injeções de capital, vantagens fiscais e reduções de contribuições para a Segurança Social, transações de bens e serviços em condições vantajosas.

O procedimento de notificação deve ser cumprido relativamente a todas as propostas de concessão de novos auxílios ou de alteração dos mesmos, pelo que qualquer auxílio concedido sem notificação e autorização prévia da Comissão será considerado ilegal e pode ser objeto de reembolso pelo beneficiário, caso a Comissão venha a considerá-lo incompatível com o mercado comum.

No prosseguimento do Plano da Reforma dos Auxílios Estatais, a Comissão Europeia adotou recentemente uma nova metodologia para efetuar a apreciação dos auxílios de Estado.

Esta metodologia enquadra-se no âmbito do processo de simplificação e modernização dos aspetos processuais do controlo dos auxílios estatais - “menos auxílios, mais bem centrados” - e tem subjacente uma abordagem económica na apreciação da compatibilidade dos auxílios estatais.

Atualmente, as exceções à obrigatoriedade de notificação prévia à Comissão Europeia referem-se à regra *de minimis* (auxílios de reduzido valor não suscetíveis de afetar de forma significativa o comércio e a concorrência entre os Estados-Membros) e ao Regulamento Geral de Isenção por Categoria que, declara determinadas categorias de auxílios isentas, desde que exista a observância das normas e dos critérios impostos pela respetiva legislação regulamentar comunitária.

As principais derrogações aplicadas no contexto dos fundos estruturais encontram-se previstas nas al. a) e c) do n.º 3 do artigo 87.º, do TUE, e legitimadas pelos artigos 1.º e 2.º, do Regulamento (CE) n.º 994/1998, do Conselho, de 7 de Maio de 1998.

Estas derrogações podem ser agrupadas de acordo com as categorias de: Auxílio de *Minimis* e Auxílios com finalidade regional.<sup>41</sup>

### **3.1 – Auxílios Públicos – o novo regime jurídico da concorrência**

O novo regime da concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012 de 8 de Maio, visa harmonizar o regime jurídico nacional com as práticas comunitárias.

A entidade reguladora da concorrência vê, com este novo regime, os seus poderes e deveres reforçados com a nova Lei.

As principais alterações normativas incidem sobre a avaliação do abuso da posição dominante, aos poderes de investigação e inquérito, e à avaliação de concentração de empresas.

---

<sup>41</sup>Disponível no web site do IFDR – Instituto Financeiro para o desenvolvimento regional, I.P.



“Se há quem aplauda aspetos como o reforço dos poderes e deveres da Autoridade, há quem aponte um sério desequilíbrio entre os poderes da Autoridade da Concorrência e as garantias dos Arguidos”.<sup>42</sup>

No que aqui nos interessa, os auxílios públicos continuam a ser uma possibilidade, da qual o Estado poderá sempre lançar mão, contudo, é preciso nunca perder de vista que esses auxílios concedidos pelo Estado ou qualquer outro ente público não devem nem podem “restringir, distorcer, ou afetar de forma sensível a concorrência no todo ou em parte substancial do mercado nacional”.<sup>43</sup>

Nesta conformidade, a Autoridade da Concorrência poderá analisar qualquer auxílio, ou mesmo um seu projeto, com vista a formular ao ente público as recomendações que entenda necessárias para eliminar possíveis efeitos negativos sobre a concorrência.

O nosso regime jurídico acompanha de perto o TUE, e tem como seu fim último, tal como esse regime, assegurar a todos os intervenientes do mercado uma concorrência sã.

## **4 - O princípio da concorrência como corolário do princípio da igualdade**

### **4.1- A distinção e autonomização dos dois princípios**

O princípio da igualdade vincula a Administração Pública à não discriminação, positiva ou negativa, dos cidadãos.

Este princípio base tem um duplo conteúdo: a obrigação de dar tratamento igual a situações que sejam juridicamente iguais, e a obrigação de dar tratamento diferenciado a situações que sejam juridicamente diferentes.

Assim, o princípio da igualdade desenvolve-se em duas vertentes, sendo a primeira a proibição da discriminação e a segunda a obrigação da diferenciação.

O princípio da concorrência caracteriza-se essencialmente por garantir aos interessados em contratar, livre e total acesso aos procedimentos contratuais, de modo a que

---

<sup>42</sup> CONCEIÇÃO OLIVEIRA, in “Conceção Oliveira e o novo regime da concorrência”.

<sup>43</sup> Cfr. art.º 65.º do NRJC

formem propostas competitivas, e que para além do interesse da entidade adjudicante assegurem a proteção dos seus próprios interesses.

Na análise comparativa das noções acima referidas resulta claro que o princípio da igualdade está inerente no princípio da concorrência.

Daí que a melhor forma de discorrer sobre a autonomização e a distinção dos dois princípios elencados seja desenvolver uma deriva por diferentes âmbitos de aplicação em sede de contratação pública.

Ocupando o princípio da igualdade um lugar de destaque e de trave mestre da referida contratação, é preciso compreender todas as suas implicações no curso dos procedimentos concursais bem como as suas dimanações, plasmadas em inúmeros princípios que são visíveis ao longo do Código.

Um dos princípios dele decorrente é precisamente o da auto-vinculação da Administração no mesmo procedimento. O que implica que os poderes discricionários que esta detém, estejam concretizados segundo os mesmos critérios, medidas e condições, relativamente a todos os particulares em idêntica situação. O que também não deixa de estar intimamente ligado ao princípio da imparcialidade.

Este princípio obriga a que Administração, nas suas relações com os particulares, dê tratamento igual aos interesses dos cidadãos, através de um critério uniforme de prossecução do interesse público.

O princípio da igualdade, que por si só também decorre do princípio da livre e sã concorrência, assume particular relevância na formação dos contratos administrativos, no que diz respeito ao tratamento dos concorrentes, uma vez que todos têm interesses idênticos.

Está em causa a igualdade de oportunidades, assegurada por uma adequada e atempada publicitação, mas também por uma igualdade na aplicação dos critérios de avaliação.<sup>44 45</sup>

---

<sup>44</sup> Cfr. Art.º 266.º, n.º 2 da CRP: “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.”

<sup>45</sup> Cfr. Art.º 5.º, n.º 1 do CPA: “Nas suas relações com os particulares, a Administração Pública deve reger-se pelo princípio da igualdade, não podendo privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar

O princípio da igualdade, constitucionalmente consagrado<sup>46</sup>, e desenvolvido no artigo 5.º, n.º 1, do CPA, vincula a Administração Pública a adotar igual tratamento em relação às pessoas em geral, proibindo um tratamento preferencial e um tratamento idêntico em situações não iguais.

Para que este princípio, pilar do CCP, se encontre assegurado e protegido, o legislador ordinário sentiu a necessidade de implementar ao longo do Código variadas condições, como sejam por exemplo as de publicidade.

Desta forma, são, também princípios com particular pertinência nesta sede, em cumprimento do princípio mestre - o da igualdade - os da objetividade e da publicidade.

O princípio da objetividade decorre, sobretudo, dos princípios da igualdade, da justiça, da proporcionalidade, e da prossecução do interesse público, e o da publicidade resulta de todos eles e ainda do da transparência.

Analise-se agora quais as influências que deste conjunto de princípios decorre para o princípio da igualdade.

À luz do princípio da publicidade, corolário do princípio da transparência, é vedada à Administração a ação ou omissão suscetível de fazer surgir o favorecimento ou o desfavorecimento de qualquer dos concorrentes.

Por força do princípio da igualdade e da imparcialidade as propostas devem ser apreciadas apenas em função do seu mérito objetivo.

O concurso público - o procedimento contratual por excelência, e tomado aqui apenas como mero exemplo da influência dos princípios supra referidos - é um processo complexo, através do qual a Administração convida, quem reúna determinados requisitos, para a apresentação de propostas em regime de concorrência, de forma a permitir a escolha da proposta ou concorrente que mais lhe convier.

Este convite a contratar, a todas aqueles que cumpram os requisitos exigidos pelo caderno de encargos, espelha a exigência de tratar de forma igual concorrentes que estejam numa situação idêntica assim como a proibição de diferenciação supra enunciada.

---

de qualquer dever nenhum administrado em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.”

<sup>46</sup> Art.º 13.º da CRP

A escolha da proposta ou do concorrente nunca poderá ser feita com base em critérios alheios ao caderno de encargos, por estarem proibidos pelo princípio da igualdade.

O princípio da igualdade fixa a posição da Administração que, na fase inicial subsequente ao anúncio, se limita à receção de propostas dos concorrentes interessados.

Desta forma oferece-se maiores garantias de isenção e seriedade, de satisfação do interesse público e de respeito, pela livre e sã concorrência. O interesse público, que à Administração cabe promover, condiciona os termos e o conteúdo do contrato a celebrar e, consequentemente, o convite à contratação.

A conceção das propostas é modelada pelo programa do concurso e pelo caderno de encargos, isto é, pelos documentos destinados a esclarecer os termos da admissão ao concurso e da sua prossecução, inserindo as cláusulas jurídicas e técnicas, gerais e especiais, que a Administração entender dever incluir no contrato a celebrar.

Recebidas e analisadas as propostas, à Administração cabe escolher a que melhor satisfaz o interesse público, designando o concorrente escolhido como seu co-contratante.

Nesta conformidade, procede à adjudicação, que se consubstancia no ato administrativo pelo qual a autoridade competente escolhe, de entre as propostas admitidas, a que é preferida para a celebração do contrato.

A decisão de adjudicação, ato definitivo que põe termo ao processo formativo do concurso, é também orientada pelo princípio da igualdade. Este ato é normalmente precedido de parecer emitido pela entidade designada para proceder à apreciação das propostas formuladas pelos concorrentes. Este parecer pode também ser encarado como mais uma garantia deste princípio.

Então, na formação do contrato administrativo, está a Administração sujeita, como já se referiu, a particulares condicionalismos, que não ocorrem na sua fase executiva, onde se manifesta o poder de autoridade por excelência.

Não nos podemos esquecer que o processo de concurso, aberto pela Administração, não implica, necessariamente, a adjudicação.

Com o anúncio, a Administração não formula uma proposta de contratação, apenas se limita a indicar que, nas condições que enuncia, recebe propostas de contratação, que podem

ou não ser aceites, sem prejuízo de restrições legalmente previstas com o escopo da proteção das legítimas expectativas dos concorrentes.

Um ponto não menos importante, embora não diretamente relacionado com o tema deste trabalho, mas que aqui também não se pode deixar de fazer referência, é a questão da natureza do concurso público no que concerne à manifestação da vontade da Administração por ele veiculada, questão essa onde a doutrina tem divergido.

Em Portugal, em geral a doutrina, tem entendido que o concurso consubstancia o processo resultante de um convite dirigido ao público ou a quem reúna determinados requisitos, com vista à apresentação de propostas contratuais em regime de concorrência, de forma a permitir à Administração a escolha do proponente que melhor lhe convier.

Nesta ótica, o caderno de encargos, com as cláusulas do contrato formando, não significa uma oferta ao público, mas apenas a simplificação dos preliminares daquele contrato, consubstanciando as propostas apresentadas pelos concorrentes, a adesão destes ao conteúdo do aludido caderno e o preenchimento dos seus vazios, designadamente quanto a preços.<sup>47</sup>

As ofertas ao público são propostas de contrato dirigidas a todas as pessoas que pretendam contratar nas condições indicadas pelos proponentes, designadamente através de anúncios nos jornais ou de exposições de coisas em montras, com indicação do respetivo preço.

Distinguem-se do mero convite a contratar na medida em que neste o anúncio visa suscitar o aparecimento de propostas.”<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> “Todavia, existem autores que entendem que com a abertura do concurso a Administração formula uma oferta ao público, isto é, uma proposta integrante de um contrato em expectativa, a que se seguem propostas dos concorrentes - não declarações de aceitação -, pelas quais se obrigam a contratar se forem escolhidos, e completam o esquema contratual objeto da proposta da Administração.

Alguma doutrina estrangeira tem qualificado a abertura do concurso como promessa unilateral de contrato.

No nosso ordenamento jurídico vigora o princípio, decorrente do estatuído no artigo 457.º do CC, segundo o qual o negócio jurídico unilateral só é reconhecido como fonte de obrigações nos casos legalmente previstos, o que não é o caso do anúncio do concurso.

Recentemente, um outro autor português veio defender que a abertura do concurso público contém duas realidades jurídicas autónomas conexionadas entre si: a proposta contratual dirigida ao público - oferta ao público -, abrangente das regras processuais do concurso, e o convite a contratar concernente ao contrato administrativo final” (Parecer da Procuradoria Geral da República n.º 8/1996)

<sup>48</sup> Vide Parecer do conselho consultivo da PGR n.º P000081996 (Parecer da Procuradoria Geral da República n.º 8/1996 (Diário da República, 2.ª série, de 26 de Setembro de 1996)

Retomando o enfoque no princípio da igualdade, o tratamento dado aos concorrentes é central, nesta fase do procedimento adjudicatório, bem como em todas as fases do procedimento, podendo mesmo dizer-se que reveste importância absolutamente fundamental na estruturação do direito interno e do Direito da União em matéria de contratação pública.

É possível ir até mais longe e afirmar que em certa medida a própria existência de procedimentos concursais constitui uma manifestação do princípio da igualdade.

Existe ainda um outro aspeto importante no tratamento do princípio da igualdade. Consiste na sua articulação com os auxílios de Estado e subvenções públicas a particulares. Aqui há que distinguir: no caso de os auxílios e subvenções serem conformes ao Direito da União ou ao direito interno. O que permitirá aos concorrentes apresentar propostas mais baixas do que os restantes no âmbito de procedimentos de adjudicação. Não haverá violação do princípio da igualdade, pelo menos se o concorrente subvencionado não tiver a mesma nacionalidade do Estado membro a que pertence a entidade adjudicante ou a respetiva sede no mesmo Estado.<sup>49</sup>

Em conclusão é, em abstrato, possível retirar as seguintes consequências imediatas do princípio da igualdade no plano da atuação do legislador e da Administração no domínio da contratação pública: i) a proibição de utilização de critérios pessoais na avaliação das propostas; ii) a proibição do arbítrio; iii) a proibição de as entidades adjudicantes se desviarem da sua prática administrativa, na medida em que esta releva de um poder de auto-vinculação; iv) a imposição da igualdade na legalidade.

Distinto e autónomo do princípio da igualdade, é o princípio da concorrência. O artigo 1.º, n.º 4, do CCP, como já tivemos oportunidade de ver, faz expressa menção ao princípio da concorrência, ao lado dos princípios da igualdade e da transparência, como princípio da contratação pública, ao contrário do que sucede com as Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE, que não contêm qualquer referência expressa a este princípio.

De resto, não é apenas o artigo 1.º a conter referência expressa à concorrência como princípio fundamental da contratação pública. Assim, o artigo 5.º, n.º 1, estabelece que a Parte II do Código “não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objeto abranja prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à

---

<sup>49</sup> Cfr. CLÁUDIA VIANA, “*Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*”, Coimbra Editora, 2007, cit., p. 175

concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação”.

O artigo 16.º, n.º 1, refere que os procedimentos contratuais devem ser adotados “para a formação de contratos cujo objeto abranja prestações que estão ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado”.

O artigo 42.º, n.º 3, estabelece que “as cláusulas do caderno de encargos relativas aos aspetos da execução do contrato, submetidos à concorrência podem fixar os respetivos parâmetros-base a que as propostas estão vinculadas”, consignando o n.º 5 da mesma disposição que “o caderno de encargos pode também descrever aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência, nomeadamente mediante a fixação de limites mínimos ou máximos a que as propostas estão vinculadas”.

O artigo 49.º, n.º 1, mencionada que “as especificações técnicas devem constar do caderno de encargos e são fixadas por forma a permitir a participação dos concorrentes em condições de igualdade e a promoção da concorrência”.

Nos termos do artigo 56.º, n.º 2, “entende-se por atributo da proposta qualquer elemento ou característica da mesma que diga respeito a um aspeto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos”.

Quanto à fixação do prazo para apresentação de propostas, prevê o artigo 63.º, n.º 2, que “na fixação do prazo para a apresentação das propostas, deve ser tido em conta o tempo necessário à sua elaboração, em função da natureza, das características, do volume e da complexidade das prestações objeto do contrato a celebrar, em especial dos aspetos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, bem como a necessidade de prévia inspeção ou visita a locais ou equipamentos, por forma a permitir a sua elaboração em condições adequadas e de efetiva concorrência”.

O artigo 70.º, n.º 2, al. g) determina a exclusão das propostas cuja análise revele “a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência”.

O artigo 74.º, n.º 2, refere que “só pode ser adotado o critério de adjudicação do mais baixo preço quando o caderno de encargos defina todos os restantes aspetos da execução do

contrato a celebrar, submetendo apenas à concorrência o preço a pagar pela entidade adjudicante pela execução de todas as prestações que constituem o objeto daquele”. Por seu turno, o artigo 75.º, n.º 1, consigna que “os fatores e os eventuais subfactores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa devem abranger todos, e apenas, os aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, não podendo dizer respeito, direta ou indiretamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes”.

O artigo 132.º, n.º 4, menciona que “o programa do concurso pode ainda conter quaisquer regras específicas sobre o procedimento de concurso público consideradas convenientes pela entidade adjudicante, desde que não tenham por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência”.

De acordo com o artigo 140.º, n.º 3, “a entidade adjudicante não pode utilizar o leilão eletrónico de forma abusiva ou de modo a impedir, restringir ou falsear a concorrência”.

Regras idênticas surgem no artigo 189.º, n.º 4, no que ao convite diz respeito; no artigo 226.º, n.º 3, quanto aos termos de referência, no artigo 239.º, n.º 4, quanto à instituição de um sistema de aquisição dinâmico, no artigo 252.º, n.º 2, quanto à celebração de acordos quadro e no artigo 287.º, n.º 2, al. c), quanto à atribuição de eficácia retroativa ao contrato.

O artigo 313.º, n.º 1, estabelece que a modificação do contrato não pode “configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato”. Clarificando o n.º 2 que “a modificação só é permitida quando seja objetivamente demonstrável que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação”.

O artigo 317.º veda a cessão da posição contratual e a subcontratação sempre que “existam fortes indícios de que a cessão da posição contratual ou a subcontratação resultem de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência”.

O artigo 318.º, n.º 5, consigna que a estipulação contratual proibindo a subcontratação “não pode ter por efeito restringir, limitar ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente código relativamente à formação do contrato, não podendo, designadamente, limitar



a possibilidade de recurso à capacidade técnica de terceiras entidades que se afigure essencial para efeitos de qualificação do co-contratante”.

Sustenta-se, por vezes, que o princípio da concorrência não incide apenas sobre a relação entre a entidade adjudicante e concorrentes ou candidatos, mas tem também importantes projeções nas relações entre concorrentes ou candidatos entre si. Parece, no entanto, que no âmbito da contratação pública o princípio da concorrência se manifesta sobretudo nas relações entre a entidade adjudicante e os concorrentes ou candidatos, o que aliás se revela de modo especial no sistema instituído pelo Código. Com efeito, de acordo com tal sistema a proposta apresentada por um concorrente, não é tão só avaliada por comparação com as propostas dos demais concorrentes, mas também à luz do modelo delineado pela entidade adjudicante, em termos de se poder dizer que cada concorrente pode saber, em termos muito aproximados, quando apresenta a sua proposta, qual a pontuação que esta poderá obter.

Isto mais não é do que o pleno cumprimento do princípio da comparabilidade com o modelo comum plasmado no caderno de encargos. Num segundo patamar, aí sim, terá lugar a comparabilidade de propostas, não menos importante.

Assim, revela-se inteiramente acertado sustentar que a concorrência, em sede de contratação pública, é um resultado que se obtém através da concretização dos princípios da igualdade e das liberdades comunitárias, enquanto regras que vinculam os Estados nas suas relações com os particulares<sup>50</sup>.

Seja como for, parece também acertado sustentar que o princípio da concorrência se exprime de forma significativa, através deveres dirigidos aos concorrentes, enquanto dos princípios da igualdade e da imparcialidade, por exemplo, se retiram sobretudo deveres dirigidos às entidades adjudicantes.

O princípio da concorrência não se manifesta apenas nas regras do procedimento concursal, mas é também tutelado no decurso da execução do contrato, como decorre do disposto no artigo 313.º, n.º 2, do CCP, atrás transcrito.

---

<sup>50</sup>Cfr. CLÁUDIA VIANA, “*Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*”, Coimbra Editora, 2007, cit., pp. 170-172. Como sustenta a Autora, é, no entanto, correto afirmar que as regras da concorrência, fora do âmbito da contratação pública, dirigem-se fundamentalmente às empresas.

Com efeito, a concorrência só é respeitada quando a proposta tida como a melhor no confronto com as restantes, e que esteve na base do contrato a celebrar, não seja posteriormente subvertida por via da modificação<sup>51</sup> deste último. Daí falar-se de um congelamento ou manutenção da equação adjudicatória durante a execução do contrato<sup>52</sup>.

Já no plano procedimental, o princípio da concorrência surge em estreita conexão com o princípio da proporcionalidade, ao exigir que a entidade adjudicante não defina os requisitos de acesso ao procedimento em termos excessivamente restritivos de acesso ao mercado em causa.

Em última análise, o princípio da concorrência consiste na ideia de acesso público de todos os interessados, que preencham os requisitos mínimos exigidos, aos procedimentos da contratação. Por outras palavras, está em causa a ideia de que o universo concorrencial não é definido pela entidade adjudicante, antes se verificando uma apresentação pública de propostas (no concurso público) ou de candidaturas (no concurso limitado, no procedimento de negociação e no diálogo concorrencial<sup>53</sup>).

Nesta conformidade, o princípio da concorrência, que se reporta à própria função do concurso público e constitui um corolário do princípio da igualdade, exige que todos os concorrentes ao concurso sejam opositores entre si.

Não sendo proibida a participação simultânea num mesmo procedimento adjudicatório de empresas que se encontram numa relação de domínio ou de grupo, são perante as circunstâncias concretas que terá de se avaliar se foi ou não falseada a concorrência.

Deste modo, verifica-se uma violação do princípio da concorrência, quando os administradores de duas das empresas concorrentes a um concurso público são exatamente os mesmos, as propostas de ambas estão assinadas por um administrador comum e estas apresentam uma estrutura formal e gráfica muito idêntica e, nalguns casos, mesmo igual.

Em conclusão, dizer que existe autonomia entre os conceitos de igualdade e concorrência enquanto realidades isoladas, não fere o entendimento de qualquer leitor.

---

<sup>51</sup>Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, in *“Os Princípios Gerais da Contratação Pública”*, in Estudos da Contratação Pública, vol. I, Coimbra Editora, 2008, cit., p. 66.

<sup>52</sup>Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, in *“Os Princípios Gerais da Contratação Pública”*, in Estudos da Contratação Pública, vol. I, Coimbra Editora, 2008, cit., p. 69.

<sup>53</sup>Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, in *“Os Princípios Gerais da Contratação Pública”*, in Estudos da Contratação Pública, vol. I, Coimbra Editora, 2008, cit., p. 68.

Observando a integração destas noções ao nível dos princípios no âmbito da contratação pública há que concluir que o princípio da igualdade aglutina o princípio da concorrência, porquanto vai para além deste.

## **5– Fora do âmbito de aplicação – Exclusões**

### **5.1. Breve referência ao artigo 5.º do CCP**

Como deixei assinalado anteriormente, apenas são de qualificar como contratos públicos aqueles cujas prestações tenham índole concorrencial e sejam celebrados por entidades adjudicantes, cumprindo-se desta forma os dois requisitos exigidos pelo Código: o subjetivo e objetivo.

Como refere o artigo 5.º do Código, já exaustivamente aqui repetido, “ a Parte II do presente Código não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objeto abranja prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação”.

Acresce ainda, uma opção que se reveste de especial importância: a inaplicabilidade das regras da contratação pública à fase de formação de contratos quando se verificarem os seguintes circunstancialismos: (i) a entidade adjudicante exercer sobre a atividade da entidade adjudicatária, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os próprios serviços e de (ii) a entidade adjudicatária desenvolver o essencial da sua atividade em benefício de uma, ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o referido controlo análogo (a comumente designada contratação *in house*).<sup>54</sup>

Esta exclusão deriva da liberdade de auto-organização das entidades adjudicantes.

---

<sup>54</sup> Em GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DANTE, “*Código dos Contratos Públicos*”, Âmbito da sua aplicação, Almedina, 2008, pp. 59 a 71, e a doutrina nacional e estrangeira nele citada. Ver ainda acórdão de 18 de Novembro de 1999 proferido no processo C-107/98, *Teckal, Srl/Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*.

Transpondo para âmbito da contenda deste trabalho de investigação, o n.º 4 do artigo 5.º do Código refere que não é igualmente aplicável a Parte II a alguns tipos de contratos elencados nas suas várias alíneas.

Vamos chamar a atenção especial para a al. c), a qual nos remete para a questão dos contratos de atribuição.

Diz a al.º c) do n.º 4 do artigo 5.º do CCP que nos “contratos cujo objeto principal consista na atribuição, por qualquer das entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 2.º, de subsídios ou subvenções de qualquer natureza”, não é igualmente aplicável a Parte II do código à sua formação.

Com esta formulação, o legislador pretendeu avultar a exclusão da aplicação da Parte II do Código aos contratos administrativos, através dos quais uma entidade adjudicante do Código atribua “subsídios ou subvenções”.

Esta exclusão, já resultava indiretamente do artigo 5.º n.º 1, dado que os tipo de contratos de atribuição a que se referem esta alínea não pressupõe um apelo à concorrência de mercado (entenda-se lógica de mercado, em tudo o que se analisou supra).

Os contratos administrativos podem ser de colaboração ou de atribuição.<sup>55</sup> O contrato de colaboração é todo aquele em que o particular se obriga a prestar ou realizar algo para a administração, como ocorre nos ajustes de obras, serviços ou fornecimentos.

O contrato de atribuição é o que a Administração confere determinadas vantagens ou certos direitos ao particular, tal como o uso especial de bem público.

O primeiro é firmado no interesse precípua da Administração, o segundo é realizado no do particular desde que não contrarie o interesse público.

Os contratos de atribuição têm por causa-função atribuir uma certa vantagem ao co-contratante da Administração. Nestes contratos a prestação da Administração é que é essencial e caracterizadora, sendo as do administrado apenas a contrapartida, ou uma consequência, da vantagem recebida. Neles, o interesse público é prosseguido

---

<sup>55</sup>SÉRVULO CORREIA, “Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos, Coimbra Editora, 1987.

fundamentalmente através dos direitos conferidos ao contraente particular, pouco relevando as obrigações que este assume.

De qualquer maneira, nos termos do artigo 5.º, n.º 6 al. a) e b) do Código, à formação destes contratos aplicam-se os princípios gerais da atividade administrativa e as normas que concretizam preceitos constitucionais constantes do CPA ou – tratando-se de contratos com objeto passível de ato administrativo – as normas do CPA com as necessárias adaptações.

### **PARTE III:**

**O artigo 1º do CCP- em especial o seu número 3.**

**A categoria do ato administrativo substitutivo do contrato público**

## **CAPITULO I**

### **1- Contratos com objeto passível de ato administrativo e ato administrativo substitutivo de contrato público**

Justifica-se efetuar nesta sede uma classificação de contratos administrativos, consoante os efeitos produzidos sejam ou não suscetíveis de verificação também por ato administrativo.

No caso de existir a possibilidade de a produção dos efeitos do contrato a celebrar se operarem também por ato administrativo, estaremos perante a figura do contrato administrativo com objeto passível de ato administrativo. É o caso, nomeadamente, dos vários contratos de concessão, do contrato de provimento e do contrato de investimento estrangeiro, isto é, os denominados contratos fiscais ou de subvenção.

Nesta categoria de contratos - contratos com objeto passível de ato administrativo - a Administração poderá inserir no contrato apenas os efeitos jurídicos de Direito Administrativo concretamente previstos na Lei. O princípio da legalidade administrativa reclama aqui uma exigência de conformidade do contrato com a Lei.

O contrato administrativo não pode naturalmente ser um expediente que permita à Administração contornar a Lei para impor ao seu contraente um resultado jurídico que lhe estaria vedado caso a base do relacionamento assentasse num ato administrativo.

Contudo, a exigência de que o conteúdo inserido nas cláusulas contratuais deve encontrar correspondência numa norma legal, não pode abranger todo o contrato. Se à Administração não for reconhecido pelo legislador um poder próprio para desenhar certos aspetos do concreto conteúdo de uma relação jurídica (poder discricionário), não há espaço para negociação, e o contrato não é, em princípio possível.

Repare-se no entanto que este poder discricionário não existe apenas na fase de negociação, mas também, embora com diferentes retornos, na fase de execução do contrato, onde também aqui poderá haver preparação.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> J. FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA P. OLIVEIRA, “Noções Fundamentais de Direito Administrativo”, 2ª reimpressão da edição de Outubro de 2005, Almedina, 2005

Apesar de este ser o caso mais comum a verdade é que o oposto também é uma realidade.

Nesta conformidade, o n.º 3 do artigo 1.º do CCP contempla um caso de ato administrativo substitutivo de contrato público.<sup>57</sup>

Pressupõe que o objeto do contrato seja segundo a Lei realizável por ato administrativo com todas as consequências decorrentes da sua natureza jurídica, que adiante se analisará cuidadosamente.

A Administração, ao invés de celebrar um contrato administrativo com o particular recorre ao seu principal meio de atuação. Esta posição mais não é do que uma opção de gestão e estratégia sobre a melhor forma de realizar o interesse público. Repare-se que o regime do ato administrativo difere do contrato administrativo. O ato administrativo é o ato unilateral por excelência da Administração Pública, com todas as consequências daí advenientes.<sup>58</sup>

## **CAPITULO II**

### **1– Alargamento do âmbito objetivo de aplicação do regime da contratação pública**

#### **1.1. A extensão operada pelo artigo 1.º, n.º 3 do CCP.**

Acabado de analisar o âmbito de aplicação do Código e as matérias dele excluídas de forma sumária, passaremos de seguida à análise dos artigos 1.º n.º 3 e 5.º n.º 4 al. c) do CCP.

Para que se compreenda cabalmente o âmbito objetivo de aplicação das normas sobre formação de contratos públicos consagrados no Código, importa ter presente o princípio da concorrência analisado supra.

Da conjugação do disposto no artigo 1.º n.º 2, com os artigos 5.º, n.º 1, e 16.º, n.º 1 do CCP, deles resulta linearmente que o regime da contratação pública constante do Código só é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objeto abranja prestações que, designadamente, em razão da sua natureza ou das suas características, bem

---

<sup>57</sup> Crf. Art.º 5.º, n.º 4, al. c), exemplos de atos administrativos contratualizados.

<sup>58</sup> PEDRO GONÇALVES “O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito do Nosso Tempo, Coimbra Editora, 2003



como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação, estão ou sejam suscetíveis de estar submetidos à concorrência de mercado.

Ainda assim, mesmo com a referida restrição do âmbito de aplicação do regime da contratação pública, dúvidas não subsistem de que o nosso Código declina a opção minimalista até então vigente em Portugal, alargando expressivamente, em cumprimento claro do princípio da concorrência, o âmbito dos contratos cuja formação fica submetida aos procedimentos nele regulados.<sup>59</sup>

Note-se que um verdadeiro Código de contratos públicos deve ser ambicioso no que diz respeito ao seu âmbito de aplicação, construindo-o a partir da noção de contratos públicos, de inspiração comunitária. É na verdade um universo mais alargado do que aquele que é abarcado pelas diretivas, tal como ficou consagrado na reforma do contencioso administrativo.<sup>60 61</sup>

A pretensão, do CCP, na circunscrição do seu âmbito objetivo de aplicação está amplamente demonstrada na importante extensão operada pelo artigo 1.º n.º 3.

Este preceito, como supra referido, estabelece que a Parte II do código é aplicável, com o necessário ajustamento, aos procedimentos destinados à atribuição unilateral, pelas entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º do Código, (e note-se que não exclui o n.º 2 do artigo 2.º) de quaisquer vantagens ou benefícios, através de ato administrativo ou equiparado, em substituição da celebração de um contrato público.

Esta norma obriga a uma redobrada atenção dadas todas as questões que em seu torno se levantam.

Em primeiro lugar, este problema pode remeter-nos para a questão problemática da extensão da equivalência funcional entre ato e contrato administrativo na nossa ordem jurídica.

Deste modo, poderá dizer-se que a aproximação entre ato e contrato, e o reconhecimento de que a linha separatória entre ambos é cada vez menos límpida<sup>62</sup>, justifica

---

<sup>59</sup> GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DANTE, “Código dos contratos públicos, Vol. I, Almedina, 2009

<sup>60</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, “*Direito Europeu dos Contratos Públicos*”, Almedina, 2006, pp. 342 e seg.

<sup>61</sup> Cfr. Art.º 4.º do ETAF

<sup>62</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, “*Direito Europeu Dos Contratos Públicos*”, Almedina, 2006, pp. 309 e seg.

que o CCP considere que, mais relevante do que a natureza unilateral ou bilateral da atribuição é, antes que tudo o mais, a circunstância de uma entidade adjudicante conceder uma “vantagem ou um benefício” económico a uma determinada entidade. (artigos 1.º, n.º 3. 16.º, n.º 1, e 17.º).

Em regra, serão empresas privadas os destinatários do ato administrativo, embora possam não ser, como acontece quando estamos em presença de um adjudicatário público, aplicando-se também a Parte II do Código entre entidades intra-administrativas.

Sendo as empresas privadas altamente competitivas, não sujeitar as suas propostas a procedimentos pré-contratuais seria um duro golpe na concretização do princípio da concorrência e da transparência.

Desta forma, encontra-se legitimada a sujeição da atribuição unilateral de quaisquer “vantagens ou benefícios”, desde que económicos, aos procedimentos adjudicatórios contidos na Parte II do código, em nome do princípio da sã concorrência.

Tentando assim esclarecer a importante extensão contida no n.º 3 do artigo 1.º do CCP, a Parte II do Código, denominada de contratação pública, é igualmente aplicável, quando uma entidade adjudicante, (que, note-se, tanto pode ser do sector tradicional como um “organismo de direito publico” com natureza privada, não estando estes habilitados por lei para a prática de atos administrativos<sup>63</sup>), atribua unilateralmente uma vantagem ou um benefício económico ao adjudicatário.

---

<sup>63</sup> Os “Organismos de Direito Público” de natureza privada, por lei não se encontram habilitados para a prática de atos administrativos. Não encontramos menção legal no ordenamento jurídico português que lhes atribua tal competência.

No entanto muitas são as brechas na legislação atual que fazem ressaltar dúvidas à cerca da competência ou não, para a emanção de atos administrativos por estes organismos de direito público com natureza privada.

Alguns autores falam em Atos Administrativos Equiparáveis. Mas que tipo de figura é esta? Qual a função destes atos? Será apenas materialmente administrativa? Que acolhimento, terão eles em sede constitucional e de contencioso administrativo? Eis muitas das problemáticas atuais, que estas modernas entidades nos trazem à luz das conceções tradicionais que possuímos.

“O ato administrativo é o ato jurídico unilateral praticado, no exercício do poder administrativo, por um órgão da Administração ou por outra entidade pública ou privada para tal habilitada por lei, e que traduz uma decisão tendente a produzir efeitos jurídicos sobre uma situação individual e concreta.”

O ato administrativo equiparado é tradicionalmente apelidado por tal quando praticado por um outro órgão do Estado que não emanado da função administrativa. Este mais não é do que o conceito tradicional contido no CPTA e no ETAF. Contudo, o nosso CCP inclui já a sua prática por entidades de natureza privada.- em J. FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA P. OLIVEIRA, “Noções Fundamentais de Direito Administrativo”, 2ª reimpressão da edição de Outubro de 2005, Almedina, 2005

Estamos aqui perante um verdadeiro negócio. Com ele a Administração realiza o interesse público da melhor forma e o adjudicatário auferirá um benefício económico. Trata-se, realmente, de um verdadeiro trato que envolverá lucros e interesses económicos.

É este um importante mecanismo para contornar eventuais atribuições unilaterais que ensaiem fugir à aplicação dos procedimentos concursais.

Atento a esta circunstância, o legislador ordinário sujeitou à Parte II do Código os atos administrativos que atribuam “vantagens ou benefícios” com valor económico e que sejam suscetíveis de se submeter à lógica de mercado.

Esta é uma solução harmonizada com o princípio da concorrência e em concordância com o espírito do Código.

Se a Parte II só se aplica aos contratos públicos cujo objeto abranja prestações que estejam ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, constituindo este o critério limite da sua aplicação, igual critério deverá valer para o procedimento tendente à prática de um ato administrativo em substituição de um contrato público, com as necessárias adaptações, como arremessa o n.º 3 do artigo 1.º do CCP.

Em conclusão, só se enquadrarão no n.º 3 do artigo 1.º, os atos de atribuição unilateral de quaisquer “vantagens ou benefícios”, cujo objeto seja suscetível de estar sujeito à concorrência de mercado, ou seja, qualquer ato que possa afetar as estruturas e condições de competição de um determinado mercado.<sup>64</sup>

Contudo, se, se admitir a aplicação adaptada da Parte II, como defende RUI MEDEIROS<sup>65</sup>, nas situações referidas, coloca-se o problema de saber como articular o disposto no n.º 3 do artigo 1.º com o que vem mencionado em diversas leis especiais, sobre procedimentos de atribuição unilateral.

É que, na verdade, para além de ter sujeitado, no artigo 1.º, n.º 3, os procedimentos de atribuição unilateral de quaisquer vantagens ou benefícios através de ato administrativo, ou equiparado, à aplicação adaptada dos procedimentos da respetiva Parte II, o legislador do

---

<sup>64</sup>“A extensão do n.º 3 não poderá valer para aqueles casos de atribuição unilateral de subsídios ou de subvenções e outras vantagens ou benefícios dados *intuito personae*.” GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DANTE, *Código dos contratos públicos*, vol. I, Almedina, 2009, p. 67.

<sup>65</sup> “*Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*”, CJA, n.º 69, Maio/Junho de 2008, p.9

Código também previu, no n.º 2 do artigo 14.º do diploma preambular, uma revogação global ou por substituição de toda a legislação especial existente, relativamente às matérias nele reguladas “sejam ou não com ele compatíveis”.

Uma conjugação meramente literal destas duas normas conduziria a resultados inadmissíveis. A mesma levaria a considerar revogados ou substituídos os diplomas que regulam em especial procedimentos de atribuição unilateral de determinadas vantagens ou benefícios económicos através de ato administrativo.

Em bom rigor, a conjugação literal dos dois preceitos parece transpor a ideia de que se impõe na mesma uma revogação global ou por substituição, de toda a legislação especial, que não tendo carácter transitório, regule procedimentos de atribuição unilateral por entidades adjudicantes de quaisquer vantagens ou benefícios económicos a terceiros, ainda que as soluções contidas nessa legislação não sejam incompatíveis com o CCP.

Não terá sido essa claramente a intenção do legislador do Código.

Deverão funcionar aqui os critérios gerais de interpretação e aplicação de leis. Sendo tais diplomas legislação especial, estes deverão ser aplicados aos procedimentos de atribuição unilateral que os mesmos consagram. Mas não podemos esquecer a função que passa agora a assumir nessa interpretação o CCP, função com elevado relevo, através da aplicação subsidiária do mesmo, neste domínio concorrencial, com a implicação da tomada em consideração de todo o seu espírito e nos princípios nele plasmados.<sup>66</sup>

Discordando de RUI MEDEIROS na solução por si indicada que aponta para “uma tentativa de restrição do âmbito das decisões administrativas de atribuição de vantagens ou benefícios a terceiros abrangidos pelo artigo 1.º n.º 3 do Código”, creio que a solução não passará pela limitação do campo de ação das decisões administrativas, mas pelo contrário, pela eleição de um critério indicador da presença do princípio da concorrência (quer estejamos perante uma atribuição unilateral ou não). Caso contrário, penso que muitos processos de atribuição unilateral cujas prestações se submetem à lógica de mercado não seriam abrangidos por procedimentos concursais. O princípio de igualdade de tratamento e acesso a determinados concursos públicos sairia defraudado.

---

<sup>66</sup> GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DANTE, *Código dos contratos públicos*, vol. I, Almedina, 2009.

É necessário ter sempre um olhar atento sobre as entidades adjudicantes para impedir fugas ao regime da contratação pública.

Decisivo, para este efeito, parece-me ser o facto de uma entidade adjudicante pretender atribuir a um interessado determinado benefício económico, num domínio onde poderão existir vários potenciais concorrentes interessados e que satisfaçam os requisitos necessários à obtenção do benefício em nome do princípio da concorrência. Princípio este que enforma o espírito do CCP.

Complementarmente, agora sim na esteira de RUI MEDEIROS, pode enunciar-se uma interpretação que passe por sublinhar que a aplicação “*com as necessárias adaptações*”, da Parte II do Código, não se reconduz a uma aplicação direta mas antes adaptada, demonstrando o intérprete que os princípios subjacentes ao novo regime da contratação pública exigem uma extensão do âmbito objetivo das normas sobre formação de contratos. E se assim for, poderá duvidar-se da aplicação do mencionado no artigo 14.º, n.º 2 do diploma preambular às matérias abrangidas pelo n.º 3 do artigo 1.º do CCP.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> RUI MEDEIROS em “*Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*”, CJA, n.º 69, Maio/Junho de 2008, p.9

**PARTE IV:**

**O artigo 5.º, n.º 1 al. c) - Contratação Excluída do  
CCP**

## 1 - Análise do artigo 5.º, n.º 4, al. c) do CCP – restrição do âmbito de aplicação

Se o n.º 3 do artigo 1.º alarga o campo de aplicação do CCP, o n.º 4 do artigo 5.º na sua al. c) restringe-o no sentido inverso. Será tal opção compreensível, no sentido que supra expusemos?

A Parte II, como já referido insistentemente “não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objeto abranja prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou no contexto da sua própria formação.”<sup>68</sup>

Ficam assim alheios da Parte II do Código todos os contratos administrativos que não pressuponham um apelo à concorrência de mercado, embora obviamente se lhes aplique a respetiva Parte III.

Figurino desta exclusão, são os contratos através dos quais uma entidade adjudicante atribua um “subsídio ou subvenção” a um particular, aliás expressamente previsto, no já anteriormente referido artigo 5.º, n.º 4, al. c).

Esta norma confronta-nos com outro tipo de atuação administrativa, designadamente o contrato administrativo e já não o ato administrativo<sup>69</sup>, como estudado no capítulo anterior.

Mas note-se que nos dois casos se fala de “*atribuição*”.

---

<sup>68</sup> Cfr. Art.º 5.º, n.º 1 do CCP

<sup>69</sup> É recorrente distinguir-se entre contratos de colaboração, atribuição e mais recentemente de coordenação. Estamos aqui perante o critério que classifica os contratos administrativos de acordo com o seu fim ou causa função. Os contratos dizem-se de colaboração quando associam ou comprometem um particular no desempenho regular de atribuições administrativas: estão em causa as situações em que a Administração recorre a particulares para a prossecução de tarefas ou atribuições públicas, obrigando-se estes a proporcionar uma colaboração temporária no desempenho de tais tarefas. Daí que a prestação fundamental seja a do co contratado e não da Administração. São exemplo paradigmático deste tipo de contrato as concessões de obras públicas ou de serviços públicos.

Os contratos de atribuição, pelo seu lado, transmitem a um particular uma posição favorável ou vantajosa, ou que, em certos termos, facilita o cumprimento de certas obrigações que sobre ele impedem (v.g. o contrato que concede benefícios fiscais a uma empresa ou o contrato que atribui a um particular a faculdade de usar, para fins privados, uma parcela de um bem dominial). A prestação fundamental é aqui a da Administração, por se entender que o interesse público é melhor prosseguido através dos direitos conferidos ao contraente particular (e não pelas obrigações que ele assume).

Ao lado destas duas categorias tem-se desenvolvido uma terceira, sobretudo como resultado da crescente complexificação da organização administrativa e da proliferação de entidades públicas, estão em causa os contratos de coordenação, que são celebrados entre diferentes entidades públicas para a prossecução de atribuições comuns – em J. FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA P. OLIVEIRA, “Noções Fundamentais de Direito Administrativo”, 2ª reimpressão da edição de Outubro de 2005, Almedina, 2005.

No primeiro caso, alarga-se a aplicação da Parte II, do nosso CCP, à atribuição de “vantagens ou benefícios” através de atos administrativos substitutivos de contratos, enquanto no segundo se exclui a aplicação da Parte II aos contratos que atribuam “subsídios ou subvenções”.

Estes contratos, como referi anteriormente, são denominados contratos de atribuição. Caracterizam-se essencialmente por atribuir uma certa “vantagem ou benefício” (utilizando de novo os conceitos do Código) ao co-contratante da Administração e em que a “prestação da Administração é que é essencial e caracterizadora, e as do administrado são apenas a contrapartida...”<sup>70</sup>

Contrapartida essa encoletada de inúmeros senãos.

Desde logo, esta opção pelo termo “atribuição” (por meio de contrato administrativo) não terá sido casual.

Pensemos agora no modo de cumprimento destes contratos, e nas suas especificidades.

Embora as prestações do administrado sejam a contrapartida nos contratos de atribuição, podemos cair aqui num campo muito movediço e perigoso, com consequências nefastas para o administrado.

Antes de tudo o mais, cabe fazer referência à autonomia do contrato administrativo. Esta concretiza-se na existência de um regime substantivo próprio, que se caracteriza genericamente por conferir à entidade pública contratante uma posição de supremacia jurídica sobre o co-contratante, na medida em que determina a sua investidura em poderes públicos de autoridade que tornam desiguais as posições jurídicas das partes no contrato: “a relação contratual não é de pura paridade (um direito *versus* um dever) mas (também) de poder público *versus* sujeição”.<sup>71</sup>

O fundamento para esse regime próprio é o interesse público e a circunstância de tal fim não poder ceder face à conveniência particular.

---

<sup>70</sup> SÉRVULO CORREIA, “*Legalidade e Autonomia contratual nos contratos administrativos*”, Almedina, 1987, pp. 421 e 422.

<sup>71</sup> JOSÉ FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “Noções fundamentais de Direito Administrativo”, Almedina, 2005.



A concretização legal deste regime corporiza-se nos poderes públicos de que a Administração dispõe, terem de resultar sempre da Lei.

O contraente público tem os poderes elencados no artigo 302º do CCP.

Um desses poderes é o da rescisão unilateral do contrato, agora com o CCP chamado de poder de resolver unilateralmente o contrato.<sup>72</sup> Determina a extinção do contrato por decisão unilateral da Administração. Trata-se de um poder excecional que o contraente público pode exercer com base num motivo imperioso de interesse público ligado ao objeto do contrato ou à sua razão de ser, previsto no artigo 334º do CCP.

Outro caso diferente e que para aqui também nos interessa é o caso da resolução sancionatória do artigo 333º.

Este poder, na sua ultima vertente, deve ter o carater de *última ratio*, só podendo ser utilizado por uma violação grave dos deveres contratuais. Quando o particular não cumprir de forma culposa as suas obrigações, determinando com isso grave prejuízo para o interesse público, por exemplo.

O contraente público “só poderá rescindir unilateralmente o contrato no caso de incumprimento pelo beneficiário de qualquer das suas obrigações ou da inexistência ou desaparecimento, que lhe seja imputável, de qualquer dos requisitos da atribuição da ajuda.”<sup>73</sup>

Este poder é exercido por intermedio de atos administrativos que, naturalmente, são contenciosamente impugnáveis nos termos gerais.<sup>74</sup>

Assim, se depois da atribuição pelo contraente público o beneficiário incumprir o contrato celebrado, este pode ser rescindido unilateralmente pela Administração com fundamento no não cumprimento, o que originará a devolução da ajuda prestada (quando financeira).

Pense-se em alguns casos das ajudas no âmbito do programa de apoio à modernização agrícola e florestal do IFADAP (agora IFAP).

---

<sup>72</sup> Cfr. art.º 302º e) do CCP.

<sup>73</sup> Cfr Ac. do STA, JSTA000P11545 de 03-03-2010

<sup>74</sup> Ver art.º 309, n.º 2 do CCP – “o cumprimento das obrigações determinadas pelos atos administrativos a que se refere o número anterior não pode ser imposto coercivamente pelo contraente público, salvo quando se trate de atos que determinem, em geral, a resolução do contrato ou, em especial, o sequestro e o resgate de concessões, bem como outras situações previstas na Lei.”

Embora seja um pouco controversa a qualificação destes contratos, entendo que os contratos de atribuição de ajuda celebrados entre o IFADAP e os respetivos beneficiários das ajudas no âmbito do referido programa do PAMAF são contratos administrativos.

É certo que o legislador não pretendeu qualificar como de direito privado ou de direito público as relações jurídicas em que o IFADAP fosse interveniente. Mas mesmo que essa fosse sua intenção, o artigo 3.º, n.º 2 do Estatuto do IFADAP teria de ser interpretado no sentido de não descartar a ressalva, constante da sua parte final, do regime de direito público - regime este potencialmente aplicável em todos aqueles casos em que o IFADAP atue investido de prerrogativas de autoridade. E mesmo que esses contratos se entendessem privados, não podemos perder de vista as exigências do artigo 5.º n.º 6 al. a) e b) do CCP.

Só assim - tendo em mente o disposto na parte final desse mesmo n.º 2 do artigo 3.º dos ditos Estatutos - é que se pode entender a jurisprudência quer dos Tribunais Judiciais<sup>75</sup> quer dos Tribunais Administrativos<sup>76</sup>, quando esta se pronuncia pela natureza administrativa dos contratos celebrados pelo IFADAP com os particulares e, também, consequentemente, pela natureza administrativa de atos praticados por este instituto público na execução de tais contratos.

Atente-se que, a qualificação destes contratos como contratos administrativos “de atribuição” não implica que as relações estabelecidas entre ambos os contraentes sejam obrigatoriamente consideradas como relações de paridade.

Na verdade, é de admitir que, consoante a maior ou menor predominância da vontade da Administração, os contratos de atribuição se possam subdividir em contratos de atribuição subordinada e contratos de atribuição paritária<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Ac. do Tribunal de Relação de Lisboa, datado de 04.10.2001, n.º de proc. 0058918, que qualificou como administrativo “o contrato pelo qual o IFADAP reclama a restituição de parte do subsídio por não observância das respetivas condições de financiamento, concedido ao abrigo do Programa Operacional Temporais Outono-Inverno, visando a melhoria da competitividade da agricultura e a promoção do desenvolvimento rural e para o qual participam fundos comunitários”.

<sup>76</sup> Ac. do STA, de 02.05.2000, n.º de proc. 045774, segundo o qual “os tribunais administrativos são competentes para apreciar o ato pelo qual o IFADAP rescindiu o contrato de atribuição de ajuda ao abrigo do Regulamento. (CEE) n.º 2078/92”.

<sup>77</sup> SÉRVULO CORREIA, segundo o qual “não é exato que se deva reputar paritária a relação entre as partes em todos os contratos de atribuição”. Por vezes, em contratos assim qualificados, a “lei confere à Administração contratante poderes de interpretação, modificação, suspensão, rescisão ou execução mediante o exercício unilateral de autoridade” – em “Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos”, Almedina, 2003.

Assim, nesta conformidade, os atos da sua rescisão e /ou modificação unilateral com a consequente ordem de devolução das quantias correspondentes aos valores dos subsídios tidos por indevidamente recebidos constituem atos administrativos cuja legalidade é jurisdicionalmente sindicável graciosamente e contenciosamente nos termos prescritos, respetivamente, no CPA e no CPTA, e de outra forma não poderia ser.<sup>78</sup>

Estes contratos de atribuição são administrativos, e o ato de rescisão por incumprimento do clausulado do contrato e a devolução das ajudas atribuídas através de subsídios ou subvenções, é um ato administrativo de rescisão-sanção, que traduz precisamente o poder de fiscalização e poder sancionatório em causa, o que não seria admissível caso o regime do contrato fosse privado. Estando por isso subjacente a ambos uma relação jurídico-administrativa.

Como nos diz o sumário do Acórdão do TRL de 09 de Julho de 2003 “celebrado com o IFADAP um contrato de atribuição de ajuda ao abrigo do Regulamento (CEE) n.º 355/77, destinado a financiar um projeto de modernização e aumento da capacidade de armazenagem da fábrica da primeira e tendo a outra parte, antes do termo de execução do contrato, determinado o encerramento da unidade fabril e a conversão da mesma num centro de distribuição de refrigerados, violou os regulamentos comunitários, cujo objetivo genérico é a manutenção da atividade produtiva, de forma a garantir vantagens económicas e duradouras para os produtores de base”.

Pelo facto de, no contrato de financiamento, terem sido fixados prazos de 6 e 10 anos durante os quais a outra parte não deveria alienar, sem prévia autorização do IFADAP, respetivamente, os equipamentos e as construções, pagas com as ajudas contratadas, estava aquela obrigada a manter a fábrica em laboração para poder beneficiar dos subsídios que lhe foram concedidos.

Ao desativar a fábrica, a interessada deu motivo ao IFADAP para rescindir unilateralmente o contrato de atribuição de ajuda e para exigir a devolução integral das ajudas e acréscimos.

A rescisão do contrato podia ocorrer por iniciativa própria do IFADAP, ainda que pudesse também ser suscitada previamente como proposta a submeter à Comissão Europeia,

---

<sup>78</sup> Artigo 62.º, n.º 1, al. c) do ETAF

não constituindo condição da validade e eficácia a decisão prévia daquela entidade comunitária (artigo 17.º, n.º1 do DL 394/90 de 11 de Dezembro).

No caso de rescisão do contrato pelo IFADAP, o beneficiário constitui-se na obrigação de reembolsar o Instituto Público, no prazo estipulado, do montante já recebido, a título de ajudas, acrescido de juros à taxa moratória máxima legalmente estabelecido, contados desde o termo daquele prazo até ao efetivo reembolso. “No mesmo caso de rescisão, não efetuando o beneficiário o reembolso no indicado prazo, fica aquele ainda constituído na obrigação de pagar ao IFADAP os encargos resultantes do acompanhamento da execução do projeto e as despesas extrajudiciais para cobrança do montante devido.”

Uma vez que o CCP revogou os artigos 178.º a 189.º do CPA<sup>79</sup>, deve dizer-se que em relação à formação deste tipo de contratos administrativos, deixa de haver obrigatoriedade de um procedimento concursal como o exigia o artigo 183.º do CPA, podendo até, os mesmos serem celebrados por ajuste direto, sem quaisquer formalidades especiais, nomeadamente as elencadas na Parte II, que não se lhes aplica.

Contudo, não nos esqueçamos, que nos termos do artigo 5.º, n.º 6, als. a) e b), do Código, à formação destes contratos aplicam-se os princípios gerais da atividade administrativa e as normas que concretizam preceitos constitucionais constantes do CPA ou tratando-se de contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, as normas do CPA com as necessárias adaptações.<sup>80</sup>

O legislador preferiu destacar na al. c) do n.º 4 do artigo 5.º, a exclusão da aplicação da Parte II do Código, aos contratos administrativos através dos quais uma entidade adjudicante do setor tradicional atribua “subsídios ou subvenções”. Esta exclusão já resultava, em boa medida do artigo 5.º n.º 1, dado que este tipo de contratos não pressupõe um apelo à concorrência de mercado, mas bem andou o legislador ao prevê-la especificadamente, evitando-se assim entorses ao espírito do nosso Código, uma vez que neste tipo de contratos, como vimos supra, pode haver concorrência, e alguns intérpretes poderiam não lhes aplicar o n.º 1 do artigo 5.º. Com tal precisão, não há fuga possível.

---

<sup>80</sup> GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DANTE, *Código dos contratos públicos*, vol. I, Almedina, 2009.

Poderá existir aqui concorrência mas não numa lógica de mercado como já foi supradito.

Poderão estar aqui em causa contratos celebrado *intuitu personae*, isto é, em função da pessoa que é contratante da Administração e não perante múltiplos potenciais interessados em contratar. Mas não é este o ponto crucial uma vez que poderá haver concorrência entre entidades altruísticas que sejam subsidiadas pelo Estado. O carácter *intuitu personae* não deve ser levado ao extremo como critério identificador.

Não estamos aqui perante um negócio celebrado entre a Administração e o particular onde seja necessário salvaguardar a chegada à entidade adjudicante de várias propostas idóneas. Neste tipo de contratos temos em cena uma ajuda patrimonial que o adjudicante confere ao contratante e que, por isso mesmo, razões não existem para que sejam submetidos às exigências da Parte II do CCP.

## **2- O Conceito de “subsídio” e de “subvenção” - breve referência**

Os subsídios são atribuídos pelos governos e visam a dinamização da atividade produtiva, (das empresas ou não) que, de uma forma geral, terão de obedecer a certas contrapartidas definidas nos contratos.

As subvenções, na esteira de GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES, são atribuições patrimoniais, ligada à Administração Pública como seu único sujeito ativo, (não se afastam aqui entes privados com funções públicas), tendo como contraponto o particular na posição de sujeito passivo da subvenção, assumindo aqui este instituto as vestes de uma subvenção como um modo de gestão administrativa.<sup>81</sup>

O elemento finalista nas subvenções é muito importante. Estas só podem ser usadas para o fim a que se destinam, isto é, estamos em presença de uma atribuição patrimonial a fundo perdido afetada, e como ato condicional que é, baseado numa relação contratual.

Note-se que caso haja incumprimento do contrato que tenha por base a atribuição de um subsídio ou uma subvenção, é legítimo ao contraente público, depois de proferido o ato de

---

<sup>81</sup> GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES, “La Subvencion: Concepto y Regimen jurídico”, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983

rescisão e /ou modificação unilateral do contrato de atribuição da ajuda, lançar mão da ação executiva sobre o particular.

A execução fiscal subjacente funda-se em certidão de dívida em conformidade com o disposto conjuntamente no n.º 3 do artigo 149.º e no artigo 155.º, ambos do CPA, com vista à recuperação do “subsídio ou subvenção” tidos por indevidamente pagos ao executado.

A cobrança das quantias devidas por força de tal ato administrativo deve ser efetuado mediante recurso ao CPPT sendo vedada à Administração, a cobrança mediante recurso às execuções comuns nos termos do CPC.<sup>82</sup>

A qualificação daquelas certidões como títulos executivos resulta do disposto no artigo 52.º n.º 1 do D.L. 81/91, de 19 de Fevereiro, conjugado, necessariamente, com regime consagrado no artigo 46.º al. d) do CPC.

---

<sup>82</sup> A certidão de dívida que serve de título executivo limita-se a indicar que o executado é devedor ao IFADAP de importância aí definida, nada mais especificando. Uma certidão de dívida que se pretenda válida e, como tal, exequível, não se pode bastar com a mera indicação daqueles elementos. É que, acresce ainda àqueles elementos o essencial requisito da definição da causa de pedir da pretensão executiva - obrigação de definição essa que naturalmente impende sobre o exequente, a quem cabe emitir a certidão nesses termos. Sendo também certo que, o conceito de causa de pedir – consagrado no artigo 498.º n.º 4 do CPC – não se esgota com a delimitação do *quantum* da dívida invocada. O conteúdo daquela certidão fica pois muito aquém daquilo que se exige a um título da sua natureza, em especial no que diz respeito à delimitação em concreto da causa de pedir. Para que a certidão de dívida extraída pelo IFADAP seja considerada como válida e exequível, dela teriam que constar elementos que retratassem o circunstancialismo fáctico subjacente à presente questão. (Cfr. Ac. STJ de 01.07.97, P. 97A141).

Por conseguinte, deve o exequente – porque sobre ele recai esse ónus, suportando todas as consequências em caso de não cumprimento do comportamento devido - que indicar no título executivo por si emitido quais os factos que fundamentam a existência daquelas dívidas, e consequente dedução de ação executiva, em Parecer de JOÃO PACHECO DE AMORIM, Advogado e Professor auxiliar da faculdade de Direito da Universidade do porto, e NOEL GOMES, intitulado “Dos contratos de atribuição de ajudas aos investimentos em explorações agrícolas previstos no Regulamento CEE 2328/91, do Conselho, e no DL 81/91, de 19.02”, Fevereiro de 2002.

## **PARTE V:**

**Confronto literal e teleológico entre o artigo 1.º, n.º 3  
e o artigo 5.º, n.º 4, al. c) do CCP.**

**Explicitação. Conclusões**

**1 – Distinção entre o conceito de “vantagens ou benefícios” atribuídos por ato administrativo e o de “subsídios ou subvenções” atribuídos mediante contrato, a que se referem, o n.º 3 do artigo 1.º e a al. c) do n.º 4 do artigo 5.º do CCP.**

Em primeiro lugar apraz-me dizer que os dois artigos são diferentes e semelhantes entre si. Diferentes no seu objeto mas no entanto têm em vista o mesmo fim - delimitar o âmbito de aplicação.

Enquanto o n.º 3 do artigo 1.º do CCP tem como protagonista o ato administrativo (enquadrado no conceito de ato administrativo substitutivo de contrato público), a al. c) do n.º 4.º do artigo 5.º tem como figura principal o contrato administrativo.

No primeiro temos uma extensão, no segundo uma exclusão.

Analisadas as normas à letra, poderia questionar-se qual a razão de se submeter à aplicação da Parte II do Código, procedimentos de atribuição unilateral de vantagens ou benefícios, e por outro lado excluir-se essa mesma aplicação da atribuição por via contratual.

Estará a diferença na atribuição bilateral ou unilateral ou residirá noutra razão? Na não coincidência entre os conceitos “quaisquer vantagens ou benefícios” e “subsídios ou subvenções de qualquer natureza” ? Ou estará relacionado com o princípio da concorrência?

Repare-se no carácter fictício das figuras utilizadas. A sujeição aos procedimentos concursais, operada pelo artigo 1.º, n.º 3, pretende evitar uma fraude à Lei.

No artigo 5.º, n.º 4 al. c), estamos já em presença de um ato administrativo contratualizado. A subvenção não é mais do que um ato administrativo. A contratualização é aqui forçada visando criar uma cautela para Administração. Através do recurso à figura contratual, esta pode ver restituído tudo que tiver sido entregue indevidamente. Se atuasse com o recurso ao ato administrativo, a revogação ou anulação por si só, não tinham como consequência a devolução por parte do beneficiário dos montantes recebidos.

O n.º 3 do artigo 1.º evita que haja fraude à Lei, ao fazer uma extensão de elevada importância, na aplicação da matéria respeitante à contratação pública à atribuição unilateral de “vantagens ou benefícios” ao adjudicatário.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> Crf. art.º 81.º f) da CRP



Deste modo consegue-se dar cumprimento aos princípios da transparência, da igualdade e da concorrência.<sup>84</sup>

Aliás, como é bom de ver, a atribuição alternativa, através de ato administrativo, caso não se previsse esta extensão, desvirtuaria o espírito pretendido pelos princípios acima mencionados e a intenção do legislador do Código.

O manifesto intuito do preceito é o de evitar fugas ao regime imperativo de formação de contratos, assegurando a realização dos valores subjacentes a este trato.

Se uma entidade adjudicante pudesse lançar mão de uma atribuição por ato administrativo em lugar da celebração de um contrato, sem lhe ser aplicada a matéria respeitante à contratação pública, além de falsear o mercado e violar o princípio da concorrência, colocaria em risco sério o interesse público, fim último da Administração.

O Estado, como operador económico deve recorrer ao mercado o mais possível, procurando a máxima qualidade ao menor preço. Isto é a lógica de mercado. Quando intervier nesta qualidade, ser-lhe-á aplicada a exigência do n.º 3 do artigo 1.º do CCP. E de outra forma não poderia ser.

Penso que bem andou o legislador ao prever esta extensão do âmbito objetivo.

Obviamente que não se podem perder de vista os requisitos objetivos do âmbito de aplicação, não se trata de toda a atribuição unilateral, mas somente aquela que possa influenciar o mercado, provocando alterações.

Dito isto, outra não poderá ser a razão que levou o legislador a prever a extensão do n.º 3 do artigo 1.º.

Relativamente à previsão de exclusão dos contratos de atribuição que confirmam um subsídio ou subvenção de qualquer natureza ao co-contratante da Administração prevista no artigo 5.º, n.º 4 al. c) terá de ser lida em conjugação com a cláusula geral do n.º 1.

A primeira diferença entre os dois preceitos evidencia-se no facto de o segundo normativo se referir a contratos sem índole mercantilista-concorrencial. Entenda-se que

---

<sup>84</sup> Cfr. art.º 1.º, n.º 4 do CCP

quando menciono índole concorrencial quero com isto exprimir uma lógica de mercado e não de sociedade.

A favor desta opinião poderá esgrimir-se um argumento de ordem sistemática.

O artigo 5.º tem como epígrafe “contratação excluída” explicitando logo no seu n.º 1, o que entende por tal conceito.

O elenco do n.º 4, embora de uma forma taxativa e não meramente exemplificativa, tem por fim particularizar e especificar determinadas situações quotidianas chamando a atenção do intérprete para as mesmas.

Assim a al. c) do n.º 4 será uma referência de um tipo de contrato específico que não cumpre os requisitos exigidos pelos artigos 1.º, n.º 2; 5.º, n.º 1 e 16.º, n.º 1 do CCP.

O artigo 5.º, n.º 4 al. c) exclui da aplicação da Parte II do código esse mesmo tipo de contratos.

A segunda diferença é o elemento subjetivo presente em cada uma das normas.

Note-se que o artigo 1.º, n.º 3 não faz distinção entre as entidades adjudicantes ditas tradicionais e os “*Organismos de Direito Público*”. Este artigo refere-se, sem mais, à emanção de atos administrativos pelas entidades referidas no artigo 2.º do CCP. E de outro modo não poderia deixar de ser, por todas as razões já descritas supra. Vejamos, para uma correta e completa regulação da concorrência, quer estejamos perante a Administração tradicional ou não, necessário se torna acautelar a livre concorrência e não falsear o mercado.

Atente-se que a entidade adjudicante, que poderá ser um “*Organismo de Direito Público*” com natureza privada, não está necessariamente habilitada por Lei para a prática de atos administrativos.

Ao invés o artigo 5.º, n.º 4, al. c) apenas faz referência à atribuição por qualquer das entidades adjudicantes mencionadas no n.º 1 do artigo 2.º do Código e já não às entidades instrumentais da Administração. O que, atenta à função inerente a esta contratualização, será facilmente perceptível a sua razão de ser. Não nos esqueçamos do fim último deste contratualismo. A Administração aparece aqui munida do seu *ius imperium*, no exercício de uma função soberana, onde o interesse público é fim visado a alcançar, não devendo ceder sobre outro qualquer modo de gestão de fomento público.

Parece-me que não nos devemos desviar do espírito do Código. O critério deverá ser sempre o carácter concorrencial, (numa lógica mercantil) ou não da prestação.

Se não existir lógica de mercado deverá ser excluída a aplicação da Parte II.

Como terceira diferença há que referir ainda um último aspeto. A diferença entre o conceito de “*vantagens ou benefícios*” atribuídos por ato administrativo e o de “*subsídios ou subvenções de qualquer natureza*” atribuídos mediante contrato.

Creio que efetivamente têm noções distintas. No meu ponto de vista, quando o legislador estendeu a aplicação da Parte II à atribuição unilateral de “quaisquer vantagens ou benefícios” tinha em vista atribuir um proveito económico, isto é, ceder algo ao administrado de que este pudesse fruir tirando proveito para si próprio, lucro, e ao mesmo tempo realizando o interesse público.

Como se referiu anteriormente trata-se de um verdadeiro negócio entre a entidade adjudicante e adjudicatário. Há um acréscimo patrimonial deste último.

Não está aqui em causa um auxílio pecuniário mas antes uma atribuição com valor económico que, em função do procedimento adotado, poderá ser obtido pelo adjudicatário com a prática do ato administrativo.

O ato administrativo emanado pela entidade adjudicante comporta em si uma vantagem para o adjudicatário que decorre diretamente da realização do ato administrativo. Esta atribuição unilateral transforma-se numa mais-valia para o recetor.

Com a atribuição pela entidade adjudicante o beneficiário fica apto para fomentar a sua atividade económica com vista a obtenção de receita. O beneficiário espera da Administração a emanção do ato e esta espera do beneficiário a realização do interesse público com a sua atividade.

Por seu turno, o artigo 5.º, n.º 4 al. c) não atribui um proveito lucrativo mas antes um “subsídio ou subvenção”. Creio que neste caso o legislador trouxe à colação um contrato de atribuição no qual não se pode considerar que exista um benefício económico para o co-contratante. Não há aqui um verdadeiro negócio.

É excluído da aplicação dos procedimentos adjudicatórios por não estarmos no campo da lógica de mercado. Ao adjudicatário, é atribuído um auxílio pecuniário. Se estamos

confrontados com uma quantia subscrita como um subsídio, ela comportará porventura uma ideia de ajuda, logo não se poderá falar aqui em benefício económico por não existir um lucro como se verifica no artigo 1.º n.º 3 do CCP.

Se lhe é atribuído um “subsídio ou subvenção”, isto poderá significar que anteriormente terá existido uma perda ou que esteja latente uma situação de contínua necessidade. Esta atribuição bilateral pretende cobrir esse prejuízo.

Dúvidas também poderão levantar a parte final da al. c) quando o legislador refere que estes “subsídios ou subvenções” poderão ser de “qualquer natureza”.

Entende-se que na sua maioria terão natureza patrimonial. Alias, o conceito de subvenção para isso remete. Trata-se de uma atribuição patrimonial sem que o beneficiário tenha de contra prestar a favor da entidade adjudicante. É uma entrega a fundo perdido.

Talvez quisesse abraçar aqui o legislador, um complemento ao auxílio patrimonial como por exemplo ajudas com meios técnicos, infraestruturais e humanos.<sup>85</sup>

Em suma, os procedimentos adjudicatórios só deverão existir onde sejam indispensáveis, dada, também, a sua morosidade, espelhando os dois artigos, objeto da presente dissertação, realidades distintas sendo a sua principal diferença a noção de concorrência de mercado.

## **2 - A resposta ao problema normativo - Conclusão**

Em conclusão, a distinção, entre o conceito de “*vantagens ou benefícios*” atribuídos por ato administrativo e o de “subsídios ou subvenções” atribuídos mediante contrato, tem por base distintiva o critério da lógica de mercado.

Procurou o legislador evitar uma fuga a um sistema imperativo de formação de contratos nas atividades de fomento económico do Estado mediante o recurso a atos administrativos e retirar da alçada dos procedimentos concursais situações que não exigem um tão especial cuidado.

---

<sup>85</sup>Veja-se a título de exemplo das questões levantadas ao longo da nossa pesquisa os art.º 81.º al. f); 85.º n.º 2; 97º n.º 1 e 2; e 106.º n.º 3 al. g) da CRP.

Nos domínios onde as entidades adjudicantes atuem sem necessidade para o interesse público de recorrer ao mercado, procurando alta qualidade ao melhor preço, não se tornam exigíveis as salvaguardas que garantem o acesso às melhores propostas, comparando-as entre si, não se lhes aplicando os procedimentos pré-contratuais.

Fora destas situações, tais procedimentos serão aplicados quer no recurso a contratos administrativos quer ainda pela via da atribuição unilateral.

## ANEXOS

### Bibliografia

A. BRABANT, Les marches publics et privés..., Tome Premier, Bruylant, 1996

ALMEIDA, JOÃO AMARAL, “Os Organismos de Direito público e o respectivo regime da contratação: um caso de levantamento do véu”, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, Vol. I, FDUL, Coimbra Editora, 2006

ALTE, SOFIA TOME, A Nova configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos, Almedina, 2007

AMARAL, D. FREITAS, Curso de Direito Administrativo, vol. I, 3ª. Edição, Almedina, 2006

AMARAL, D. FREITAS, Curso de Direito Administrativo, vol. II, Coimbra, 2001

AMORIM, JOÃO PACHECO, As Empresas Públicas no Direito Português - em especial as empresas municipais, Almedina, 2000

AMORIM, J. PACHECO, Direito Administrativo da Economia, vol. I, FDUP, 2011 (texto inédito)

AMORIM, J. PACHECO, Introdução ao Direito dos Contratos Públicos (Sumários desenvolvidos), FDUP, 2011 (texto inédito)

ANDRADE DA SILVA, J., Código dos Contratos Públicos: comentado e anotado, 3ª edição, Almedina, 2010

ANDRADE, VIEIRA, Sumários de Direito Administrativo, FDUC, 2005/2006

ANTUNES, COLAÇO, A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa, Coimbra Editora, 2006

ANTUNES, COLAÇO, O Direito Administrativo Sem Estado - Crise ou fim de um paradigma ?, Coimbra Editora, 2008

CABRAL, MARGARIDA OLAZABAL, O Concurso Público nos Contratos Administrativos, Almedina, 1997.

CAETANO, MARCELO Manual de Direito Administrativo, Volume I, Almedina, 2010.

CJA, n.º 64, Julho/Agosto de 2007 - A necessidade de distinção entre contratos administrativos e privados da Administração Pública”, no projeto do CCP

CJA, n.º 69, Maio/Junho de 2008 - Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência.

CORREIA, SÉRVULO, Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos, Coimbra, 1987

DIAS, J. E. e OLIVEIRA, FERNANDA PAULA, Noções Fundamentais de Direito Administrativo, Almedina, 2008

D. MARRAMA, Contributo sull’interpretazion della nozione di «organismo di dititto pubblico», Diriito Amministrativo, 2000

ESTEVES DE OLIVEIRA, Direito Administrativo, vol. I, Coimbra, 1984

ESTEVES DE OLIVEIRA, MARIO, A necessidade de distinção entre contratos administrativos e privados da Administração Pública, no projeto do CCP, CJA, n.º 64, Julho/Agosto de 2007.

ESTEVES DE OLIVEIRA, MARIO e ESTEVES DE OLIVEIRA, RODRIGO, Concursos e outros procedimentos de adjudicação Administrativa. Das fontes às garantias, Almedina, 1998

ESTEVES DE OLIVEIRA, MARIO / GONÇALVES, PEDRO COSTA e AMORIM, J. PACHECO, Código do Procedimento Administrativo, Comentado, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1993

ESTORNINHO, MARIA JOÃO, Direito Europeu Dos Contratos Públicos. Um olhar português, Almedina, 2006,

FARRERES, GERMÁN FERNÁNDEZ, La Subvencion: Concepto Y Régimen Jurídico, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1983

GOMES, CARLA AMADO, Risco e Modificação do Ato Autorizativo Concretizador de Deveres de Proteção do Ambiente, Coimbra Editora, 2007

GONÇALVES, PEDRO, O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo, Coimbra, 2003

GONÇALVES, PEDRO. Contrato Público e Domínio público. Os contratos sobre o domínio público à luz do código dos contratos públicos e da legislação sobre domínio público, Estudos da Contratação Pública, I, Coimbra Editora, 2008

GONÇALVES, PEDRO, Regime Jurídico das Empresas Municipais, Almedina, 2007

J. M. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, Los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministro y de Servicios en la Unión Europea, Bosch, 2005

MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÀN e AMORIM, J. PACHECO, em “Direito Administrativo da Economia”, vol. I, FDUP, 2011.

MEDEIROS, RUI, Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência, CJA, n.º 69, Maio/Junho de 2008

MELO, DE BARBOSA, e CORREIA, ALVES, O Contrato Administrativo, CEFA, Coimbra Editora, 2008

MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, RUI, CRP Anotada, II, Coimbra Editora, 2006

MONCADA, LUÍS S. CABRAL, Direito Económico, Coimbra Editora, 5ª edição revista e atualizada, Almedina, 2007

NABAIS, J. CASSALTA, Contratos Fiscais: Reflexões acerca da sua admissibilidade, Coimbra Editora, 1994

OLIVEIRA, CONCEIÇÃO, in “ Conceção Oliveira e o novo regime da concorrência”- <https://www.candeias.pt/portal>

OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES, Os Princípios Gerais da Contratação Pública, in Estudos da Contratação pública - I, Coimbra Editora, 2008

PATRICIO, J.SIMÕES, Introdução ao Direito Economico, Centro de estudos Fiscais

PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, Direito Administrativo, Editora Atlas, 3º Edição



REBELO DE SOUSA, MARCELO e MATOS, ANDRÉ SALGADO, Contratos Públicos (Direito Administrativo Geral), Volume III, Lisboa, 2008

REBELO DE SOUSA, MARCELO e MATOS, ANDRÉ SALGADO, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2007

REBELO DE SOUSA, MARCELO, O concurso Público na Formação do contrato administrativo, Lex, 1994

ROGÉRIO SOARES, Direito Administrativo, Coimbra Editora, 1978

TAVARES, GONÇALO GUERRA e DANTE, NUNO MONTEIRO, Código dos Contratos públicos. Âmbito da sua aplicação, Almedina, 2008

VIANA, CLÁUDIA, Os Princípios Comunitários na Contratação Pública, Coimbra Editora, 2007